This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

3 2044 103 264 420

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Ce, RUE RACINE, 26.

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat.
Premier président de la Cour de cassation.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PORT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

RICIAS GAILLARD
Président
à la Cour de cassation.

L. DE VALROGER
Professeur d'histoire du droit
à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat
à la Cour impériale de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, ministre président le Conseil d'État; **Delangle**, premier vice-président du Sénat; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation, etc.

TOME XXV. — 14me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

24, rue Soufflot, 24.

1864

Rec. Mar. 5, 1900.

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts et de l'opinion des auteurs sur la question de rétroactivité des droits de l'enfant né en France d'un père étranger, quand il réclame sa nationalité dans l'année de sa majorité.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Examen de trois questions sur les articles 9 et 10 du Code civil, considérés indépendamment des lois subséquentes.

§ I.

PREMIÈRE QUESTION.

Si, indépendamment des lois des 22 mars 1849 et 7 février 1851, les formalités, remplies à temps utile par l'enfant né en France de parents étrangers, ont un effet rétroactif au jour de sa naissance.

2. Textes des articles 8 et 9 du Code Napoléon.
3. Opinion de l'auteur en 1835 sur l'enfant né d'un Français en pays étranger, sur l'enfant né à l'étranger d'un Français qui aurait perdu cette qualité, et sur les moyens pour eux de RÉCLAMER ou de RECOUVRER leur qualité.
4. Que les conditions imposées par l'article 9 ne sont pas contraires à l'article 20, et que sous le Code civil l'enfant né d'un étranger en France devait jouir de l'effet rétroactif, s'il remplissait les formalités à temps utile. — Incident législatif au Tribunat considéré sous ce rapport.
5. Auteurs qui, dans un temps rapproché de la publication du Code, ont professé cette opinion. — Qu'il ne faut pas puiser des arguments

contre le sens clair d'un texte, ni dans les discussions obscures du Tribunat, ni dans les ménagements oratoires d'un conseiller d'État.

6. Un passage de M. de Maleville et la doctrine des Écoles l'ont emporté dans la pratique.

7. Mais la Cour de Paris et la Cour de cassation ont enfin décidé, sous le Code civil non modifié, la question en faveur de la nationalité française.

8. Texte de l'arrêt de cassation du 19 juillet 1848.

§ II.

DEUXIÈME QUESTION.

Si la majorité dont parlent les articles 9 et 10 du Code Napoléon est la majorité française ou la majorité étrangère?

9. La loi ne parle que de la majorité française.

10. La majorité française a été fixée à vingt et un ans par la loi du 20 septembre 1792, et ne sera jamais reportée à vingt-cinq ans.

11. Tous les textes depuis 1792 supposent les étrangers majeurs à vingt et un ans, à l'égard au moins de l'administration française.

12. Conséquences; objections et réfutation.

1. Il est bon quelquefois d'examiner certains articles du Code Napoléon indépendamment des lois qui depuis les ont modifiés. C'est ce que nous allons faire aujourd'hui sur l'article 9 de ce Code comparé avec l'article 10.

Nous ne nous attacherons qu'à trois questions : la première sera de savoir si, indépendamment des lois du 22 mars 1849 et du 7 février 1851, mais sous le Code civil seul, les formalités remplies en temps utile par l'enfant avaient un effet rétroactif au jour de sa naissance; la seconde est de déterminer de quelle majorité la loi a entendu parler soit dans l'article 9, soit dans l'article 10. Est-ce de la majorité fixée par la loi française? Est-ce de la majorité à acquérir par l'enfant en pays étranger? Enfin est-il vrai qu'on ait dû appliquer l'article 9 du Code Napoléon à l'enfant né hors mariage en France d'une Française et d'un étranger; si cet étranger venait à reconnaître cet enfant pour sien? — Que devait-on décider; dans le même cas, sur l'enfant naturel d'une Française et d'un étranger si la naissance avait eu lieu en pays étranger?

Nous demanderons au lecteur la permission de nous servir souvent ici des termes même de notre Commentaire *sur la Jouissance et Privation des droits civils*, écrit en 1835.

§ I.

PREMIÈRE QUESTION.

Si, indépendamment des lois des 22 mars 1849 et 7 février 1851, les formalités remplies à temps utile par l'enfant né en France de parents étrangers ont un effet rétroactif au jour de sa naissance en France?

2. Posons d'abord le texte des lois.

Art. 9. « Tout individu né en France d'un étranger pourra, « dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer la « qualité de Français, pourvu que, dans le cas où il résiderait « en France, il déclare que son intention est d'y fixer son do- « micile, et que, dans le cas où il résiderait en pays étranger, « il fasse sa soumission de fixer en France son domicile, et « qu'il l'y rétablisse dans l'année à compter de l'acte de sou- « mission. »

Art. 10. « Tout enfant né d'un Français en pays étranger est « Français. Tout enfant né en pays étranger, d'un Français « qui aurait perdu la qualité de Français, pourra toujours re- « couvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites « par l'article 9. »

3. « L'enfant né en pays étranger d'un Français qui a conservé ses droits de naturalité en France est Français (avions-nous dit), et jouit des droits civils, sans autre formalité que la preuve de son origine. Le fils à l'état de son père; il est donc Français quand son père est Français, peu importe le lieu où il est né (M. Treilhard, *Exp. des motifs*). Cette première disposition de l'article 10 est conforme et au droit romain et à l'ancienne jurisprudence française (Pothier, *Traité des personnes, tit. 2, sect. 1re*). Si les anciens auteurs (V. Denisart, mot *France*) peuvent laisser quelque doute, ce n'est pas sur ce principe, mais sur son application, parce qu'alors il n'y avait pas de loi générale sur la manière dont pouvait se perdre la qualité de Français. »

« Mais l'enfant, né sur le sol étranger d'un Français qui aurait perdu cette qualité, naît évidemment étranger. Cependant, sous l'ancien droit, on accordait des lettres de déclaration à cet enfant, s'il venait habiter la France, et on le rétablissait dans tous

les droits qu'aurait eus son père par une espèce de *jus postliminii* et par application de la loi 9, *ff.*, *De captiv. et postlim. revers.* Les lettres de déclaration n'étaient pas même de nécessité absolue, mais de simple précaution (Bacquet, *Aubaine*, ch. 40, n° 26; d'Aguesseau, 31e *plaidoyer, et là même, arrêt* Mabile du 7 septembre 1576, qui admet à succéder à son aïeule décédée avant son arrivée en France, une femme née en Angleterre de parents qui avaient abandonné le royaume, quoiqu'en y rentrant après leur mort, elle eût pris des *lettres de naturalité* et non des *lettres de déclaration*). »

« La raison de cette jurisprudence était la faveur du sang français, et l'équité, qui ne permet pas que l'enfant souffre de la faute de son père, quand il demande à la réparer. L'article 10 a admis la même doctrine (M. Treilhard, *Exp. des motifs*), mais avec des conséquences différentes. L'article 20 dit positivement que la rentrée de l'enfant n'a point d'effet rétroactif non-seulement à sa demande à fin de permission d'établir son domicile en France, mais même à l'accomplissement des formalités. »

« Pour que l'enfant né en France d'un père étranger conserve sa qualité de Français et que l'enfant né en pays étranger d'un Français qui a perdu cette qualité la puissent recouvrer, les articles 9 et 10 leur imposent des obligations semblables : s'ils résident en France, ils doivent déclarer que leur intention est d'y fixer leur domicile; s'ils résident à l'étranger, ils doivent faire leur soumission de fixer leur domicile en France, et l'y établir dans l'année à compter de l'acte de soumission. »

4. Abordons maintenant la question de savoir si, quand les conditions fixées par l'article 9 ont été remplies dans les délais qu'il détermine, l'enfant né d'étrangers en France jouit des droits civils pour le passé; en un mot, si, par l'effet de la condition, il se trouve Français sous condition à compter du jour de sa naissance.

La difficulté naît de l'article 20, qui, sans s'occuper de l'article 9, porte textuellement que l'enfant né à l'étranger d'un Français qui a perdu cette qualité, ne pourra exercer que les droits ouverts à son profit postérieurement à l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 10. Or, pourquoi, se demande-t-on, le fils de l'étranger né en France serait-il traité

plus favorablement sous ce rapport, quand on voit la loi française limiter son option dans l'année qui suit sa majorité, sans imposer la même limite au fils du Français qui a perdu sa qualité? Celui-ci peut *toujours* recouvrer la patrie que la faute de son père lui a fait perdre. Il est donc plus favorable que l'enfant qui ne doit sa naissance en France qu'au hasard qui y a conduit ses père et mère; et MM. Treilhard et Gary ont fait ressortir cette différence dans l'Exposé des motifs et du Discours prononcé au nom du Tribunat.

Toujours cette opinion nous a paru fausse, parce qu'elle est contraire au texte de l'article 9 et de l'article 20.... Contraire aux termes de l'article 9, parce que de l'ensemble de ses termes, l'enfant né en France de parents étrangers, aura le droit de conserver par une déclaration d'intention dans la première année de sa majorité, et par la fixation de son domicile en France, le fruit du bonheur providentiel d'y avoir reçu la naissance.... Contraire aux termes de l'article 20, car en disant de l'enfant qui, né en pays étranger d'un Français ayant perdu cette qualité, demanderait à la recouvrer (*art.* 10); du Français qui aurait perdu sa qualité de Français par la naturalisation à l'étranger ou autrement, et demanderait à redevenir Français (*art.* 18); de la femme française, devenue étrangère par son mariage, qui veut, en veuvage, recouvrer la qualité de française (*art.* 19), que les individus qui recouvreront la qualité perdue ne pourront se prévaloir de ce cette faveur qu'après l'accomplissement de toutes les conditions à eux imposées et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque, l'article 20 avait exprimé suffisamment et clairement sa limitation aux trois classes de Français déchus de leur qualité primitive, et avait ainsi déclaré ne s'être occupé en rien de l'article 9, où il ne s'agit pas de recouvrement de droits perdus, mais de conservation jusqu'à l'époque préfixée de la qualité de Français que l'enfant devait à Dieu, et non à ses parents, et qu'il ne pouvait plus perdre que par sa faute personnelle. Et nous n'avons jamais été touché de l'argument que le Français de l'article 10 fût plus favorisé que le Français de l'article 9 : il ne l'est que différemment suivant le point de vue de la loi. Une raison politique dominait l'article 10, « *il ne faut* JAMAIS *fermer la porte au repentir.* » De là le mot TOUJOURS. Une autre raison politique a dicté l'ar-

ticle 9 : l'homme qui, né en France, aurait balancé à l'époque de sa majorité entre son pays natal et la patrie de ses parents, aurait bien peu mérité la faveur de sa naissance, et n'aurait manifesté que trop froidement son amour pour la France. Donc, il ne faut pas s'étonner que l'un soit plus favorisé quant à l'époque où il pourra manifester sa volonté, et de ce que celui qui est moins favorisé quant à l'époque, le soit davantage dans l'exercice de ses droits.

Avant le Code, tout homme né en France était par là même Français. Le principe était sans danger, puisqu'il se trouvait nécessairement modifié par les dispositions légales sur la manière dont un Français conserve ou perd la faveur de son origine (M. Portalis, *séance du 6 therm. an IX*). Ce principe avait été admis au Conseil d'État (Fenet, t. VII, p. 124). S'il a été retranché par suite des conférences avec le Tribunat, qu'en est-il résulté? Un article conditionnel dans sa rédaction! Pourquoi? parce que le Tribunat trouvait de l'inconvénient à accorder l'exercice de ses droits à un enfant qui ne consentirait peut être pas à demeurer en France. S'il a fait sa déclaration au moment même où il jouit de la plénitude de ses droits, l'inconvénient a cessé; l'enfant doit donc jouir du jour de sa naissance du bénéfice d'un état qu'il tient du fait de sa naissance en France. Il doit être regardé, dans les successions, comme toute personne qui y aurait des droits conditionnels. La durée de la condition n'excédera pas celle de sa minorité; et l'on ne peut faire pour lui que les actes conservatoires de ses droits.

Et c'est pourquoi l'article 9 emploie le mot de *réclamer :* on voit dans ce mot, opposé au mot *recouvrer* de l'article suivant, une transaction entre les idées du Tribunat et celles du Conseil d'État. Si l'enfant ne réclame pas la qualité de Français à sa majorité, il n'a jamais été Français, et c'était l'idée dominante du Tribunat. Si l'enfant l'a réclamée, il n'a jamais cessé d'être Français, et c'était l'idée dominante du Conseil d'État et un retour à l'article supprimé : « Tout individu né en France est Français. »

5. Dès la publication du Code, on avait entendu l'article 9 comme nous avons cru devoir l'expliquer en 1835, malgré les idées nouvelles.

Delaporte (*Pandectes françaises*, t. II, p. 117, édition de 1803) l'avait ainsi développé : « L'article 9 veut que le seul fait de la naissance sur le sol français imprime la qualité de Français, quoique les père et mère soient étrangers, en sorte que l'enfant parvenu à sa majorité, n'ait pas même besoin de naturalisation : Mais la déclaration qu'il ne veut pas perdre cette qualité doit être faite dans l'année qui suit sa majorité. S'il laisse écouler cette année entière sans faire cette soumission ou cette déclaration, il a perdu la qualité que la loi lui avait imprimée à raison du fait de sa naissance, et qu'elle laissa en suspens jusqu'à ce qu'il puisse la ratifier par sa volonté. » — Rien de plus clair.

M. Merlin est aussi clair, Rép., mot *Français*. § 1er, n° 4 : « Le Code veut bien faire à l'enfant né accidentellement en France d'un père étranger, un titre des circonstances dans lesquelles il a reçu le jour, La France l'adopte généreusement dès sa naissance ; elle lui demande seulement de ratifier cette adoption dans l'année de sa majorité, en faisant sa soumission de se fixer dans l'année sur sa terre natale. » Ailleurs, M. Merlin (mot *Légitimité, section* IV, § 3, n° 3, p. 671, 5e *édition*), a dit : l'enfant qui est né en France d'un étranger est déjà habile à devenir Français, ou plutôt, il est déjà permis de le dire, un FRANÇAIS COMMENCÉ.

M. Toullier a professé la même doctrine : il a écrit : « Pendant la minorité, sa qualité est en suspens ; s'il décède mineur ou dans l'année qui suit sa majorité, mais avant d'avoir réclamé la qualité de Français, il n'en aura jamais joui, parce qu'il ne pouvait l'acquérir que par l'accomplissement de la condition imposée par la loi ; mais si, devenu majeur, il accomplit cette condition, l'effet en remonte au jour de sa naissance, suivant la nature de toutes les conditions suspensives. »

Depuis lors nous ne voyons guère que MM. Aubry et Rau qui, dans la traduction de Zachariæ, aient dit que l'enfant né en France d'un étranger est censé avoir été Français dès l'instant de sa naissance, et, dans la note 8, que l'accomplissement des formalités à temps utile entraînait donc un effet rétroactif.

Néanmoins, cette opinion a été vivement combattue, et l'opinion contraire a eu de nombreux et puissants partisans.

La dissidence est venue de l'opposition du Tribunat à l'ar-

ticle supprimé. « *Tout individu né en France est Français.* » — Lors de la discussion officielle, un tribun parlant contre le projet demanda, non pas le rejet, mais cet amendement « *pourvu que l'individu né en France d'un voyageur étranger, y reste ou vienne y résider un jour, en déclarant l'intention de s'y fixer.* » (Opinion du tribun *Chazal*, Fenet, *t.* VII, *p.* 346). Le projet fut rejeté le 11 nivôse an X. On sait que le rejet de ce titre et du titre des Actes de l'État civil fit ajourner la discussion du Code civil; qu'au 7 messidor, le même projet fut renvoyé à la communication officieuse du Tribunat, sans nouvelle discussion au Conseil, et par conséquent sans que notre article 9 s'y trouvât. L'article « *Tout individu né en France est Français,* » fut encore rejeté, et même on décida, lors de la communication officieuse, qu'on n'admettrait pas d'exception en faveur de l'enfant né en France d'un père étranger (Fenet, *p.* 590 *à* 593). — De là, nouvelle conférence entre les sections de législation du Conseil et du Tribunat, d'où est sortie l'admission de l'amendement du tribun Chazal, plus sagement rédigé dans notre article 9 adopté dans la séance générale du Conseil d'État du 6 brumaire an XI (Fenet, p. 606). Or, comme sous la Constitution consulaire l'initiative des lois appartenait au Gouvernement et leur rédaction au Conseil d'État, pourquoi ne donnerait-on pas tout leur effet aux termes que le vote du Corps législatif aura consacrés? Pourquoi rechercher péniblement s'il y a quelque chose de contraire dans le discours du tribun Gary (Fenet, p. 643 et 644)? — Pourquoi le citer comme autorité contraire, puisque cela n'est pas; puisqu'il déclare que le motif de la loi n'a rien de commun avec la maxime féodale de l'Angleterre; puisqu'il explique l'article 9 dans son vrai sens, et en termine son développement par ces mots : « *Ainsi le « bonheur de sa naissance n'est pas perdu pour lui; la loi lui « offre de lui assurer le bienfait de la nature; mais il faut qu'il « déclare l'intention de le conserver?* » — Pourquoi chercher un argument dans ces mots de l'orateur du Gouvernement (M. Treilhard) : « *On ne peut pas dire qu'il ne naît pas étranger?* » L'orateur, dans le genre délibératif comme dans le genre judiciaire, pose souvent l'objection avec exagération, pour faire ressortir avec plus d'avantage la réponse à l'objection, et son mot ne devient ni une loi, ni un jugement. Un conseiller d'État, comme tout autre orateur, doit connaître

son auditoire, et craindre de fronder l'opinion de quelques membres influents dans l'assemblée, surtout quand le rejet d'un article devait entraîner le rejet de la loi entière. Aussi doit-on préférer le texte des lois aux paraphrases des *Exposés législatifs*.

6. Et cependant M. de Maleville a fait, dès 1807, tourner l'opinion des jurisconsultes contre les enfants d'étrangers nés en France, dans son *Analyse*[1] *raisonnée de la Discussion du Code civil*, t. Ier, p. 19. Comme si la loi devait punir le mineur du refus qu'elle lui fait d'une volonté propre et efficace !

Il s'est demandé : « Quel sera, pendant leur majorité, le sort « des enfants nés en France de l'étranger, ou même de ceux qui « décéderont dans l'année qui suivra l'époque de leur majorité, « et durant laquelle la loi les admet à réclamer la qualité de « Français ? » — Et s'est répondu ainsi : « La loi ne s'en explique « pas *positivement*. Mais il faut tenir que ces enfants ne jouis- « sent pas de leurs droits civils pendant leur minorité, parce « que n'ayant pas de volonté légale à eux propre, n'étant « censés avoir que celle de leurs parents qui, dans la suppo- « sition, n'ont pas déclaré vouloir être Français, ces enfants « ne peuvent être considérés que comme des étrangers. »

« Il faut porter la même décision de ceux qui décèdent avant « la révolution de l'année qui suit leur majorité, parce que la « loi faisait dépendre leur qualité de Français d'une condition « qu'ils n'ont point remplie. »

Tel est le passage qui a décidé de la pratique en 1807.

Tel est le passage qui a fait dire à tous, avec raison, qu'il n'y avait pas besoin d'une disposition spéciale pour exclure des droits civils pendant la minorité l'enfant né en France de l'étranger, mais sortant de la vie avant le terme préfixé. La raison dans ce cas, c'est que *la condition avait défailli*.

Mais la doctrine pratique, celle de l'École, qui y a ajouté la comparaison non pertinente de l'article 20, s'est étendue même au cas où l'enfant satisfait à la condition, au cas où l'enfant ferait sa réclamation à temps utile, quoique M. Maleville ne

[1] Ouvrage écrit trop rapidement, et qui a dû sa réputation temporaire au nom de l'auteur et à la circonstance que la promulgation du Code civil était récente.

l'ait pas coté dans son énumération, et qu'on ne puisse rien conclure de son passage pour le cas d'accomplissement de la condition. — Est-ce donc qu'il s'agit seulement dans cet article de l'enfant qui retourne peu de temps après avec ses parents dans le pays paternel? Est-ce qu'il ne s'agit pas surtout de ces nombreux étrangers que nous appelons chez nous avec passion, qui viennent y former des établissements, qui y séjournent longtemps et y vivent, même sans demander la jouissance des droits civils et dont les enfants s'élèvent ou avec les nôtres ou à côté d'eux. Si ceux donc qui naissent en France, si ces Français *sous condition* parviennent à leur majorité, pourquoi donc ne pas leur conserver leurs droits, s'ils remplissent, dans l'année de leur majorité, la condition légale? Les lois de tous les pays savent bien conserver les droits du ventre, les droits de l'enfant à naître. Pourquoi n'aurait-on pas conservé ceux du Français *commencé* qui aura toujours été Français s'il en a manifesté la volonté dès sa majorité? Ces vingt et un ans de minorité ne sont autre chose que le temps légal de gestation de la volonté humaine, comme celui de la grossesse est celui de la gestation physique de l'enfant, et les règles sur les effets de la condition suspensive sont de tous les temps, surtout quand ils n'entravent pas la circulation des biens au delà de la durée d'une minorité.

Quoi qu'il en soit, depuis lors l'École de Paris eut pour doctrine, que l'enfant né en France de l'étranger n'avait aucun droit rétroactif à exercer, même quand il ferait sa déclaration aussitôt sa majorité accomplie. M. Delvincourt, t. I, note 8, sur la page 15; M. Duranton, n° 121 et 127; M. Valette sur Proudhon; M. Duvergier, sur le n° 261 de Toullier, et tous les autres ont unanimement adopté cette solution, sauf MM. Aubry et Rau. M. Devilleneuve en a donné une liste presque complète sous l'arrêt de cassation du 19 janvier 1848, t. XLVIII, 1,529, et y fait entrer M. Demolombe, t. I, n° 163. Il nous a semblé sur une lecture attentive que M. Demolombe avait cru devoir se borner au rôle de rapporteur impartial des deux opinions...

7. Mais si les opinions des auteurs sont restées les mêmes, la jurisprudence est enfin revenue à ce principe avant que la législation ne fût modifiée.

Ainsi, la Cour de Paris a jugé pour la première fois, le 11 décembre 1847 (*aff. Kuhn et Stacpoole*), en statuant par infirmation sur une question de compétence, que Wilhelmine Stacpoole, femme Kuhn, demanderesse devant les tribunaux français contre James Stacpoole, exécuteur testamentaire de William Stacpoole, Irlandais, n'était pas dans la condition d'une simple étrangère; qu'elle était née à Paris, le 4 décembre 1825, de William Stacpoole et de Sarah Double, son épouse, Irlandaise; qu'ayant fait dans sa vingt-deuxième année, à la mairie du 7e arrondissement de Paris, la déclaration d'intention de fixer son domicile en France, elle avait usé du bénéfice de l'article 9 du Code civil, *l'effet de cette réclamation remontant au jour de la naissance*, et qu'en conséquence elle avait le droit de traduire devant les tribunaux français le sieur James Stacpoole, étranger; et nous devons faire remarquer ici que la Cour avait directement jugé le contraire le 4 janvier 1847, antérieurement à l'arrêt de cassation dont on va parler, et quel a eu le noble courage de se réformer elle-même.

En effet, le 4 janvier 1847, la Cour de Paris s'était déclarée incompétente pour connaître d'une action en recherche de maternité dirigée par la demoiselle I... de B..., contre madame la marquise de G..., Espagnole, qu'elle prétendait être sa mère. Son acte de naissance reçu par l'officier de l'état civil de la commune de Campan, aux environs de Bagnères, le 22 août 1824, constatait la présentation de l'enfant par le père étranger qui la reconnaissait formellement, et les noms de la mère étaient imaginaires. La demoiselle I... de B..., avant que d'intenter son action, fit une déclaration, le 20 juin 1846, à la mairie du 12e arrondissement de Paris, de sa volonté de demeurer Française et de fixer son domicile dans ledit arrondissement. — Sa demande fut repoussée en première instance et sur l'appel, par la raison que la déclaration faite par la fille de B... ne pouvait avoir d'effet QUE POUR L'AVENIR; que jusque-là la fille de B... n'était qu'une étrangère, et ne pouvait se prévaloir de l'exception prévue par l'article 14 du Code civil, surtout quand il s'agissait principalement d'une question d'état qui devait suivre le statut personnel de l'intimé.

8. Mais sur le pourvoi, arrêt de la Cour de Cassation, ch. civ., du 19 juillet 1848, sous la présidence de M. le premier prési-

dent Portalis, sur le rapport de M. Bérenger et les conclusions conformes de M. l'avocat général Nicias-Gaillard, qui casse par les motifs suivants :

« C'était une maxime de notre ancien droit public que tout individu né en France était Français. »

« Si l'article 9 du Code civil a apporté une restriction à cet ancien droit relativement à l'individu qui, né en France d'un étranger, veut être Français, c'est seulement en le soumettant à l'obligation d'en réclamer la qualité dans l'année qui suit l'époque de sa majorité et en lui prescrivant de déclarer, dans le cas où il résiderait en France, que son intention est d'y fixer son domicile. »

« [Donc], l'accomplissement de cette formalité, exigée de lui par des motifs politiques et d'ordre public, le remet dans la position où l'avait placé l'ancien droit public français, c'est-à-dire qu'il fait naturellement remonter le bénéfice de la déclaration au jour de sa naissance, puisqu'il n'a pas dépendu de lui de le faire plus tôt; et cette interprétation donnée à l'article 9 s'induit d'ailleurs des termes de l'article 10, qui, statuant pour le cas d'un enfant, né en pays étranger d'un Français qui aurait perdu sa qualité de Français, dispose qu'il pourra toujours recouvrer cette qualité en remplissant les formalités voulues par l'article 9. »

« En effet, si, dans cette hypothèse, le législateur emploie le mot *recouvrer* par opposition aux termes dont il se sert dans l'article 9, c'est que l'enfant recouvre réellement une qualité que son père lui avait fait perdre en la perdant lui-même, tandis que, dans le cas où l'enfant né en France accomplit la condition prescrite par l'article 9, il est Français par un droit qui lui est propre, et sa déclaration, qui a moins eu pour objet de lui faire acquérir cette qualité qu'il réclame que de servir à la constater, l'en fait jouir comme s'il en eût encore été en possession. »

« Enfin, cette interprétation s'induit encore de ce que l'article 20 du Code civil ne comprend pas l'article 9 dans l'énumération des articles qui précisent le cas où des individus, appelés à recouvrer la qualité de Français, ne peuvent se prévaloir de cette qualité qu'après avoir rempli les conditions qui leur sont imposées, et seulement pour l'exercice des droits ouverts à leur profit depuis cette époque. En effet, si le légis-

lateur eût voulu ne faire dater le bénéfice de la qualité de Français que du jour de la déclaration faite par l'enfant d'un étranger, il n'aurait pas manqué de comprendre l'article 9 dans cette énumération. »

[Donc], avoir jugé que la déclaration faite par I... de B... à l'époque de sa majorité, conformément à l'article 9, n'avait d'effet que pour l'avenir; que jusque-là I... de B... avait été étrangère, et qu'elle ne pouvait se prévaloir de l'exception prévue par l'article 9, c'est avoir faussement appliqué, et par suite avoir violé l'article 9 du Code civil.

§ II.

DEUXIÈME QUESTION.

Si la majorité dont parlent les articles 9 et 10 du Code Napoléon est la majorité française ou la majorité étrangère?

9. Nous voici arrivé à notre seconde question, que nous posons ici d'une manière plus générale : « Quand le Code civil parle d'une manière absolue de la majorité d'un individu pour régler quand il devra faire des déclarations ou des demandes à l'administration française, parle-t-il de la majorité française ou de l'âge fixé pour la majorité de l'étranger dans le pays qu'il habite? » — Notre réponse est claire; elle est absolue : le Code ne s'occupait et n'avait alors à s'occuper que de la majorité française.

10. La majorité en France avait été fixée, contrairement au droit commun de l'Europe, à vingt et un ans accomplis par l'article 2, section 1re, titre IV du décret du 20 septembre 1792, quarante jours après la journée du 10 août. L'objet principal de ce décret, tout en empruntant les sages combinaisons de Daguesseau sur les actes de l'état civil, était de livrer aux passions un mariage purement conventionnel, dissoluble presque à volonté, et principalement d'acquérir aux intérêts révolutionnaires quatre années actives, et les plus actives de la jeune génération. — Un décret du 31 janvier 1793, interprétant cet article, déclara que la majorité fixée à *vingt et un ans* par cet article était parfaite *à l'égard de tous les droits civils*, et que les majeurs de vingt et un ans devaient être

considérés, quant à leurs affaires privées, comme l'étaient dans toute la France, avant l'époque du décret, les majeurs de *vingt-cinq ans;* déclarant au surplus que ce même article ne dérogeait point aux décrets qui fixaient l'âge requis pour être admis à exercer des droits ou des fonctions politiques.

Pour le dire en passant, ce n'est pas là une conquête de 1789, c'est une conquête de la révolution sur la longue expérience des siècles : mais jamais elle ne sera révoquée. Il ne peut jamais y avoir un gouvernement assez puissant pour braver le mécontentement général de tous les citoyens de vingt et un à vingt-cinq ans; mécontentement qui s'emparerait plus violemment encore de tous les adolescents ayant en perspective la destruction d'une liberté à laquelle leur âge les poussait.

Quoi qu'il en soit, voilà l'âge légal de force morale et de virilité, l'âge de liberté complète dans les affaires civiles, fixé par une loi du 20 septembre 1792, et cette loi a été maintenue et a dû l'être aux risques de ceux qui en abuseraient.

Elle est et sera dorénavant la majorité française.

11. Toutes les fois que les lois politiques ont parlé de la majorité, non-seulement des Français, mais encore des étrangers relativement à la France, c'est par une conséquence du principe posé le 20 septembre 1792, l'âge de vingt et un ans que la loi française a fixé pour déterminer à son égard la majorité de l'étranger.

C'est ce qu'on voit clairement, dès qu'on consulte les textes. — C'est ainsi que la constitution du 24 juin 1793, art. 4 (Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui est domicilié en France, etc., etc.), celle de l'an III art. 16 (L'étranger devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint vingt et un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il..., etc., etc.), et celle de l'an VIII, art. 3 (Un étranger devient citoyen français, lorsqu'après avoir atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, et avoir déclaré l'intention de se fixer en France, il y a résidé pendant dix années consécutives...), ont toutes exprimé que c'était AUSSITÔT APRÈS AVOIR ACCOMPLI SA vingt et unième année que l'étranger était majeur ou capable de faire une demande au gouvernement français, au moins pour obtenir

l'autorisation de résider, et même pour commencer le stage préalable à la naturalisation, sans que la loi française se soit en rien occupé des lois du pays de l'étranger.

12. Si, d'après tous ces articles des constitutions antérieures au Code civil, l'étranger, d'après la loi française, est capable à vingt et un ans accomplis de demander au gouvernement la jouissance des droits civils en France, bien qu'il n'ait pas l'exercice complet de ses droits civils dans son propre pays faute d'avoir vingt-cinq ans, nos lois expriment donc par leur ensemble que, dans les rapports de l'étranger avec l'État et le gouvernement français pour la jouissance des droits civils ou pour obtenir plus tard la qualité de Français par naturalisation, la seule majorité que l'État veuille exiger de l'étranger, c'est la majorité de vingt et un ans; c'est-à-dire, la majorité française.

A plus forte raison, ce sera l'accomplissement de la majorité française, qui fixera l'instant où l'enfant né en France d'étrangers aura le droit de réclamer la qualité de Français, et les droits échus depuis sa naissance; et qui fixera aussi l'instant où l'enfant né à l'étranger d'un Français qui aurait perdu cette qualité aura le droit de recouvrer cette qualité, en remplissant les conditions à lui imposées dans le cas de l'article 10, comme au premier dans le cas de l'article 9.

Cependant on est venu à bout d'obscurcir une question si simple à l'aide d'un prétendu droit international public ou privé que toutes les nations sont tenues de respecter entre elles, quoique non établi par des traités, sous peine de détourner les sujets des autres nations de l'observance en France de leurs propres lois personnelles. Aussi veut-on que ce soit l'année qui suivra la majorité la plus avancée de la majorité française ou de la majorité du domicile paternel, par exemple, *la vingt-sixième année*, si le père est domicilié en Autriche, que l'enfant né en France d'un étranger aura dû exercer sa réclamation, et que le fils d'un Français ayant perdu sa qualité aurait pu demander à recouvrer les droits de Français.

Nous ne pouvons voir là qu'une de ces illusions que produit souvent la science elle-même.

Quand le Code civil a fixé, d'après les lois de 1792 et de 1793, la majorité des Français à vingt et un ans accomplis par

son article 488, elle l'a fixée pour tous les Français, soit qu'ils le fussent parfaitement, soit qu'ils le fussent imparfaitement, et qu'il leur manquât quelque chose pour jouir d'une qualité qu'ils devaient à leur naissance. Qu'importe, pour régler la qualité de Français, la prétendue force du statut personnel étranger? Il faut bien qu'il en soit ainsi, puisque même c'est à l'âge de vingt et un ans que la loi française agrée tout étranger, ayant les autres qualités requises, sans s'inquiéter autrement de son statut personnel. Est-ce que les lois étrangères règnent en France? Est-ce qu'il peut y avoir en France deux majorités, l'une française, l'autre étrangère pour prendre un engagement envers l'État français, surtout quand nos deux articles 9 et 10 supposent dans les impétrants un droit qui leur confère l'aptitude de réclamer ou de recouvrer; droit qu'ils ne peuvent avoir que comme *français commencé* par le bienfait de la naissance, ou comme *français déchu* par le fait d'autrui; or, ce droit leur confère nécessairement capacité à l'égard de l'administration française au même âge que tout Français est capable? — Ce qui nous dispense d'examiner ici la doctrine des statuts personnels.

COIN-DELISLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA FACULTÉ D'EXHAUSSER LE MUR MITOYEN

(Art. 658 du Code Napoléon).

Par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Parler philosophie à propos de mur mitoyen, voilà de quoi faire sourire les esprits sérieux, et provoquer peut-être les quolibets de ceux qui ne le sont pas. Si le lecteur, cependant, veut bien, à la faveur de ces premiers mots, ne pas tourner trop rapidement le feuillet, il verra se dégager d'un sujet, si peu propre, lui semble-t-il, à captiver son intérêt, une question de morale et de philosophie qui m'a paru mériter les développements que je me propose de lui donner.

Cette question, je l'indique tout d'abord :

Est-il permis au copropriétaire du mur mitoyen de l'exhausser, dans la seule pensée de nuire à son voisin, *animo nocendi*, et sans aucun intérêt pour lui-même ?

Avant de discuter la thèse de droit, mettons sous les yeux du lecteur les pièces du procès.

Les sieurs Thier et Georges sont propriétaires, à Paris, de maisons contiguës. La maison du second, élevée de cinq ou six étages, prend jour, par derrière, sur une cour assez étroite, séparée de la cour du voisin par un mur de clôture, de hauteur ordinaire, mitoyen entre les parties. Se prévalant du droit que l'article 658 accorde à tout copropriétaire du mur mitoyen d'exhausser ce mur, Thier éleva le mur séparatif d'entre lui et Georges jusqu'à la hauteur d'un quatrième étage; ce qui privait d'air et de lumière les étages inférieurs de la maison de ce dernier. — De là procès entre les deux voisins, et jugement du tribunal civil de la Seine, qui,

« Attendu qu'il résulte des documents de la cause que Thier, *sans utilité actuelle pour lui-même, et dans l'unique but de causer à Georges un préjudice*, a exhaussé, à tort, le mur mitoyen qui sépare sa cour de celle de Georges, »

Ordonne la démolition du mur dans la partie surélevée.

Sur l'appel, arrêt confirmatif de la troisième chambre de la Cour de Paris, du 18 juin 1862, par adoption des motifs des premiers juges.

Recours en cassation; et, le 11 avril 1864, arrêt de la chambre civile, au rapport de M. Mercier, qui, sur les conclusions conformes de M. l'avocat général Blanche, casse l'arrêt de la Cour de Paris, et renvoie les parties devant la Cour d'Orléans.

Voici les termes de l'arrêt :

« La Cour..., vu l'article 658 du Code Napoléon ;

« Attendu que cet article, en accordant à tout propriétaire la faculté de faire exhausser le mur mitoyen, ne lui impose d'autre condition que de payer seul la dépense de l'exhaussement, les réparations d'entretien au-dessus de la hauteur de la clôture commune, et, en outre, l'indemnité de la charge;

« Attendu qu'en l'absence de toute restriction spéciale, l'exercice de ce droit n'a d'autre limite que l'obligation, imposée par la loi commune, d'en user de manière à ne porter aucune atteinte aux droits que peuvent conférer au voisin l'usage réciproque de la mitoyenneté ou l'existence d'une servitude qui lui serait légitimement acquise ;

« Attendu que, ces droits réservés, le préjudice matériel que l'exhaussement du mur mitoyen pourrait occasionner au voisin, dans ses autres biens, ne saurait être pour lui un motif légitime de s'y opposer;

« Qu'en vain prétendrait-il que cet exhaussement, *sans utilité actuelle pour le constructeur, n'a d'autre but que de lui causer un préjudice,* puisque celui qui use d'un droit que la loi lui accorde est seul juge de son intérêt; qu'il ne fait, en cela, aucun tort à autrui; et qu'en définitive, le préjudice qui peut en résulter pour lui, devient pour l'autre un élément d'intérêt appréciable à prix d'argent;

« Attendu qu'il suit de là qu'en ordonnant que le demandeur démolirait la portion exhaussée par lui du mur mitoyen, sur le fondement que cet exhaussement, *sans utilité actuelle pour lui, aurait pour unique but de causer un préjudice au défendeur,* l'arrêt attaqué a subordonné l'exercice de ce droit à une restriction que l'article 658 du Code Napoléon n'impose pas, et que, par suite, il a violé ledit article;

« Casse, etc. [1] »

Je n'examine pas si le fait avait été bien apprécié par la troi-

[1] *Le Droit,* numéro du 12 juin 1864.

sième chambre de la Cour; si des circonstances ci-dessus énumérées il ne ressortait pas que chacune des maisons avait vue sur l'autre, d'où pouvait résulter pour les propriétaires une gêne assez grande, et, par suite, un intérêt suffisant pour autoriser chacun d'eux à surélever le mur mitoyen. J'évite de me prononcer sur cette question, qui est encore pendante devant la Cour de renvoi. Je fais observer seulement que le mal jugé ne forme pas un moyen de cassation, s'il n'y a pas eu violation, fausse interprétation de la loi. Et la Cour de cassation, établie uniquement pour maintenir le droit, est assurément trop pénétrée de l'esprit qui a présidé à son institution pour vouloir, à la faveur du point de droit, impuissante qu'elle serait de s'abstraire entièrement des intérêts qui sont en lutte, se ressaisir du fait souverainement jugé pour le soumettre à son appréciation.

Abordons donc résolûment, et sans chercher à en atténuer la portée, la thèse de droit consacrée par son arrêt.

Écartons, tout d'abord, deux points qui ne font pas difficulté.

Le premier, c'est que la faculté, concédée au voisin par l'article 658 du Code Napoléon, d'exhausser le mur mitoyen, n'est pas limitée au cas où celui-ci voudrait bâtir contre le mur. Cela n'était pas contesté dans l'ancien droit, et ne l'est pas davantage aujourd'hui. Je cite seulement Pothier pour l'ancien droit, et M. Demolombe pour le nouveau.

« La Coutume (art. 195 de la Coutume de Paris), dit Pothier, accorde indistinctement à chacun des voisins la faculté de faire cette élévation (du mur mitoyen); elle ne la restreint pas au cas auquel il ferait cette élévation pour bâtir : c'est pourquoi je peux, sans bâtir, élever le mur commun, sans que mon voisin, qui souffrira de cette élévation par l'obscurité qu'elle causera à sa maison, puisse m'en empêcher; car je peux avoir un autre juste motif de faire cette élévation, *putà* pour empêcher les vues que mon voisin aurait sur ma maison [1]... »

M. Demolombe dit de même :

« Remarquons, d'abord, les termes absolus dans lesquels le législateur déclare que *tout propriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen* (art. 658). Il n'est donc pas nécessaire, pour cela, que le propriétaire veuille bâtir; il peut faire exhausser le

[1] *Du contrat de société*, n° 212; arrêt du 5 février 1658, cité par Goupy.

mur sans être tenu de rendre compte de ses motifs, afin de se clore davantage, par exemple, ou même uniquement pour se garantir des vues que le voisin aurait sur lui, dans le cas, bien entendu, où ces vues ne constitueraient pas, au profit du voisin, un droit acquis de servitude [1]... »

Le second point, c'est, comme l'établit encore Pothier dans le passage cité, que le préjudice causé au voisin par l'exhaussement du mur mitoyen ne saurait être d'aucune considération, dès qu'il s'agit, pour l'autre voisin, de l'exercice d'un droit légitime : *Nemo damnum facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet* (L. 151, D., *De reg. jur.*).

« Le copropriétaire, enseigne également M. Demolombe, *loc. cit.*, peut faire élever son mur aussi haut que bon lui semble, comme disait l'article 195 de la Coutume de Paris, ors même que le résultat de cette surélévation serait de causer de l'humidité à l'héritage voisin, et de diminuer l'air et la lumière qu'il recevait auparavant... »

Mais l'arrêt de la Cour de cassation va plus loin.

La Cour de Paris avait dit, dans l'arrêt attaqué, que l'un des voisins ne peut exhausser le mur mitoyen, *sans utilité actuelle pour lui-même, et dans l'unique but de causer un préjudice à son voisin*. La Cour de cassation condamne cette restriction, qui ne résulte pas, dit-elle, des termes de l'article 658, lequel n'impose au propriétaire, qui veut pratiquer l'exhaussement, d'autre condition que d'en supporter seul la dépense et de payer l'indemnité résultant de la surcharge. Cet argument de texte me semble tout à fait inconcluant, dans le cas particulier, et ce serait bien ici le lieu d'appliquer la règle que *la lettre tue, mais que l'esprit vivifie* [2].

Ce n'est pas là, du reste, le principal motif de l'arrêt : sa véritable raison, c'est que « celui qui use d'un droit que la loi lui accorde *est seul juge de son intérêt;* qu'il ne fait, en cela, aucun tort à autrui. » Ainsi, il aura agi par caprice, par pure envie de nuire, non pas même dans un esprit de représailles et pour se venger d'un mauvais procédé, on n'aura pas le

[1] *Traité des servitudes*, t. I, n° 398.

[2] *Sed, etsi maximè verba legis hunc habeant intellectum, tamen mens legislatoris aliud vult* (L. 13, § 2, D., *De Excus.*). Un Père de l'Église, saint Jérôme, a dit, dans le même sens : *Lex non in superficie scripturæ est, sed in medullâ sensûs; non in sermonum foliis, sed in radice rationis.*

droit de lui demander : Où est votre intérêt? Il lui suffira de répondre : *Feci, sed jure feci,* et la Justice n'a rien à y voir.

Oh! non, ce n'était pas ainsi que l'entendaient les grands jurisconsultes de Rome, les Ulpien, les Paul, les Papinien! Écoutez Ulpien posant les fondements du droit: *Juris præcepta hæc sunt : honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere* (L. 10, D., *De justitiâ et jure*). ALTERUM NON LÆDERE! même en usant de son droit, ne pas faire le mal pour le mal; autrement l'exercice du droit cesse d'être légitime. Il a toujours été de principe, en effet, que l'intérêt est la mesure des actions; qu'aucun droit ne peut se fonder sur le caprice ou sur le désir de nuire à autrui, sans utilité pour soi-même. Cette règle, à la vérité, n'est pas écrite dans la loi; mais il n'était pas nécessaire que la loi positive la consacrât, car elle est écrite dans la conscience et basée sur la morale universelle : *malitiis non est indulgendum.*

Je me trompe : le droit romain, moins sobre, mais plus philosophique que le nôtre, prodigue de décisions qui sont d'un si grand secours au jurisconsulte pour l'interprétation de la loi dont elles sont à la fois le texte et le commentaire, le droit romain l'avait consacrée, en termes exprès, dans la loi 38, D., *De rei vindicat.*

L'exemple est des plus remarquables :

In fundo alieno, quem imprudens emeras, ædificasti aut conseruisti; deinde evincitur : Vous avez bâti, de bonne foi, sur le fonds d'autrui; le propriétaire vous évince. — Il pourra retenir la construction, mais en vous remboursant vos dépenses jusqu'à concurrence de la plus-value seulement. Et, si la plus-value excède la dépense, il ne vous devra que la somme que vous aurez dépensée : *Finge et dominum eadem facturum fuisse : reddat impensam et fundum recipiat usque eò duntaxat quò pretiosior factus est; et, si plus pretio fundi accessit, solùm quod impensum est.* Mais, si le propriétaire est hors d'état de vous payer la plus-value ou de vous rembourser vos dépenses, il vous sera permis d'enlever vos matériaux, à la charge de remettre les choses en l'état où elles étaient avant la construction : *Finge pauperem qui, si reddere id cogatur, laribus, sepulcris avitis, carendum habeat : sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quæ possis, dùm ita ne deterior sit fundus quàm si initio non foret ædificatum.* Néanmoins, si le propriétaire vous

offre de ces matériaux le juste prix, il pourra les retenir : *Constituimus verò ut, si paratus est dominus tantum dare quantum habiturus est possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas (retinendi).*

Puis la loi romaine ajoute, et c'est là le point à noter : *Neque malitiis indulgendum est : si tectorium (putà) quod induxeris picturasque corradere velis,* NIHIL LATURUS, NISI UT OFFICIAS. Mais vous n'aurez pas le droit d'enlever malicieusement, et sans profit pour vous-même (*nihil laturus, nisi ut officias*), sous prétexte qu'on ne vous en paye pas le prix, le crépi dont vous avez recouvert les murs, ou les fresques dont vous les avez fait décorer. *Non est ferendus,* dit la Glose, *qui vult obesse, nec sibi prodesse.*

Un autre exemple nous est donné par la loi 9, D., *De Servitutibus.*

Vous avez le droit de passer par ma propriété pour vous rendre à la vôtre, sans que le titre constitutif de la servitude ait déterminé par quel endroit le passage serait exercé. En droit rigoureux, dit la loi, *civiliter modò,* vous pouvez l'exercer sur quelque point de ma propriété que bon vous semble : *In infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) ire, agere licebit.* Néanmoins, la loi décide que vous ne pourrez l'exercer, ni par ma maison, ni par ma vigne, si vous pouvez, tout aussi commodément pour vous et avec un moindre préjudice pour moi, passer sur une autre partie de ma propriété : *Non enim per villam ipsam, nec per medias vineas, ire, agere sinendus est, cùm id æquè commodè per alteram partem facere possit, minore servientis fundi detrimento.*

Les articles 683, 684 et 701 du Code Napoléon contiennent une disposition semblable.

Ce n'est donc pas, on le voit par ces textes, un principe purement théorique, une règle de l'ordre moral seulement, qu'il n'est permis à personne d'user de son droit d'une façon préjudiciable à autrui, sans intérêt pour soi-même. Et, s'il en était ainsi dans le droit anté-Justinien, avant que le spiritualisme chrétien eût modifié la société païenne, qu'il eût donné pour fondement à l'ordre nouveau le précepte évangélique, le dogme de la charité, de la fraternité humaine, comment en serait-il autrement aujourd'hui que ce dogme, s'il n'est pas toujours la règle de nos actes, doit être au moins le principe de nos lois ?

Donc, point d'intérêt, point d'action! voilà la règle générale.

Serrons maintenant de plus près la question particulière.

De quelle nature est le droit conféré au voisin sur le mur mitoyen? C'est, en premier lieu, et le mot l'indique, un droit de copropriété; c'est, en second lieu, un droit de servitude. Or, en soi, le droit de copropriété est assujetti à des ménagements, à des restrictions que ne comporte pas le droit de propriété exclusive. On ne peut donc pas dire du premier, comme du second, qu'il est « le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue » (C. N., 544), *jus utendi et abutendi*. Encore faut-il ajouter, à l'égard du droit de propriété lui-même, que, si absolu qu'il soit, il a également ses limites, comme l'exprime l'article 544 par ces mots : « Pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. » On disait de même, en droit romain : *Dominium recté definitur : jus utendi et abutendi re suâ*, QUATENUS JURIS RATIO PATITUR. Mais, pour le droit de copropriété, le principe est que l'un des propriétaires ne peut, sans l'agrément de l'autre, apporter aucun changement à la chose commune. C'est ainsi que l'article 662 déclare que « l'un des voisins ne peut pratiquer, dans le corps d'un mur mitoyen, aucun enfoncement, ni y appliquer ou appuyer aucun ouvrage (de nature compromettante pour ce mur), sans le consentement de l'autre, ou sans avoir, à son refus, fait régler par experts les moyens nécessaires pour que le nouvel ouvrage ne soit pas nuisible aux droits de l'autre. » Ce n'est donc, comme le remarque M. Demolombe, que par exception et à raison des obligations qu'impose le voisinage, des nécessités qu'il crée entre voisins, que l'article 658 concède au copropriétaire du mur mitoyen la faculté de faire exhausser ce mur, sans avoir besoin de l'assentiment de son voisin, ou même malgré l'opposition de ce dernier. Mais au moins faut-il que ces devoirs de bienveillance, de tolérance mutuelle, aient pour corrélatif l'intérêt de celui qui veut pratiquer l'exhaussement.

J'ai dit, et la chose n'est pas moins évidente, que cette faculté d'exhaussement ne s'exerce qu'à titre de servitude. La preuve en est dans la place qu'occupe dans le Code, au chapitre des Servitudes légales, l'article 658, et dans le droit que l'article 660 reconnaît au voisin, qui n'a pas contribué à l'ex-

haussement, d'en acquérir la mitoyenneté. Or, le propre de la servitude est de ne pouvoir être établie que pour l'*utilité* d'un fonds (C. Nap., 637, 649). Il faut donc que celui qui veut exhausser le mur mitoyen prouve qu'il y a intérêt, c'est-à-dire que sa maison doit retirer de cet exhaussement un avantage quelconque. Que cet intérêt soit facilement présumé, je l'accorde ; mais encore faut-il qu'il apparaisse. Hors de là, on est non recevable, non plus seulement en vertu du principe général rappelé ci-dessus, mais en vertu du droit spécial qui fait de cet intérêt l'élément constitutif du droit de servitude[1].

Par exemple, je suppose que Georges, dans l'espèce citée plus haut, au lieu d'avoir, aux divers étages de sa maison, des fenêtres lui donnant vue sur la maison de son voisin, n'en eût qu'au rez-de-chaussée. En admettant que le mur de clôture, séparatif des deux cours, dépassât la hauteur de ces fenêtres, quel intérêt, je le demande, pourrait avoir le voisin que ces fenêtres ne sauraient incommoder, et qui d'ailleurs n'aurait pas à craindre qu'on s'introduisît par dessus le mur dans sa maison, quel intérêt pourrait-il avoir à faire surélever le mur de clôture jusqu'à la hauteur des cinq ou six étages de la maison de Georges? Il n'en aurait évidemment aucun, et son action ne pourrait être inspirée que par le malin plaisir d'obscurcir les vues de son voisin. Un pareil sentiment ne peut devenir le fondement d'une action en justice, et c'est le cas de répéter, avec la loi romaine : ***malitiis non est indulgendum.***

[1] On trouve cependant, énoncée dans une loi romaine, cette proposition : qu'on peut stipuler, à son profit, un droit de servitude, bien qu'on n'ait aucun avantage à en retirer : *Ei fundo quem quis vendat, servitutem imponi,* ETSI NON UTILIS SIT, *posse existimo : veluti si aquam alicui* (*debere*) *ducere non expediret, nihilominùs constitui ea servitus possit. Quædam enim* (*debere*) *habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt* (L. 19, D., *De Servit.*). Mais cette loi est en opposition avec la loi 15, au même titre, d'après laquelle une servitude ne peut être constituée que pour l'utilité d'une personne ou d'un fonds : *Quotiens nec hominum, nec prædiorum, servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet.* On a dit, pour les concilier, d'une part, que ce qui nous est inutile présentement peut nous être utile par la suite. C'est l'explication que donne Pothier dans ses *Pandectes.* On a dit, d'autre part, qu'il faut entendre la loi 19 en ce sens que l'eau, si elle devait être inutile pour l'irrigation du fonds, *ad culturam prædii,* pouvait du moins servir à son agrément, *ad ejus amœnitatem* (*Pand. Justin.*, t. I, lib. VIII, *De Servit.*, tit. 1, art. 1, n° 5. — V. aussi Godefroy sur la même loi).

Dans une espèce jugée par la Cour de Metz, en 1807, l'un des copropriétaires du mur mitoyen l'avait fait élever à une grande hauteur, afin de pouvoir appuyer contre ce mur les fers dont il faisait commerce. Cet exhaussement était nuisible au voisin: la Cour, nonobstant, le maintint, et néanmoins, par une sage conciliation des intérêts des deux parties, fit réduire le mur à la hauteur suffisante pour l'usage auquel celui qui l'avait surélevé voulait le faire servir:

« Considérant, dit l'arrêt, qu'il résulte du procès-verbal de l'expert que l'exhaussement du mur est utile à l'intimé, non-seulement pour parer aux inconvénients dont il avait excipé, mais encore pour appuyer à ce mur les fers dont il fait commerce, n'ayant point de magasin dans sa maison;... qu'il en résulte aussi, d'un autre côté, quelques inconvénients à l'appelant, dont la cour est très-étroite; ce qui suffit, à raison surtout de sa localité, pour déterminer la justice de la Cour à prendre un tempérament d'équité relativement à la hauteur que peut, dans les circonstances, avoir le mur, soit pour l'utilité de l'intimé, soit pour ne pas nuire à l'appelant, parti fait pour concilier les intérêts des parties et entrer dans l'esprit de l'article 663 du Code civil; ... ordonne que Faynot sera tenu... de rabaisser, à ses frais, le mur séparatif des deux cours dont il s'agit, pour ne lui laisser que les trois quarts de la hauteur qu'il a présentement, etc. [1] »

Pour connaître l'esprit de la loi qu'on veut appliquer, pour en faire une saine interprétation, il faut remonter à ses précédents.

Les articles 658 et 659 de notre Code ont été tirés de l'article 195 de la Coutume de Paris, dont voici les termes :

« Il est loisible à un voisin hausser, à ses dépens, le mur mitoyen d'entre lui et son voisin, si haut que bon lui semble, sans le consentement de sondit voisin, s'il n'y a titre au contraire, en payant les charges ; pourvu toutefois que le mur soit suffisant pour porter le rehaussement; et, s'il n'est suffisant, faut que celui qui veut rehausser le fasse fortifier, et se doit prendre l'épaisseur de son côté. »

Rapprochez de ce texte celui des articles précités; c'est ab-

[1] Metz, 12 juin 1807, aff. Hulot; *Jur. gén.*, 2e édit., v° *Servitude*, n° 530.

solument le même sens, presque les mêmes termes, à l'exception de ces mots : *si haut que bon lui semble*, qui ne se retrouvent pas dans l'article 658. Pourquoi cette suppression, si ce n'est pour tempérer, pour adoucir ce que ce droit d'exhaussement, dans son application rigoureuse, pourrait avoir d'excessif? Et cependant, même sous l'empire de la Coutume de Paris, qui consacrait le droit d'exhaussement en termes si énergiques, si absolus, on admettait à l'exercice de ce droit certains tempéraments, celui-là précisément qui est en discussion. C'est ce qu'atteste Pothier, au numéro cité. Après avoir dit, comme on l'a vu plus haut, que la Coutume accorde indistinctement à chacun des voisins la faculté d'exhausser le mur mitoyen, il ajoute :

« Cela dépend, néanmoins, des circonstances; car, si l'élévation du mur et l'obscurité qu'elle cause à la maison voisine étaient si grandes qu'elle rendît cette maison inhabitable, *surtout s'il y avait lieu de croire que cette élévation se faisait* ANIMO NOCENDI, il pourrait y avoir lieu à réduire cette élévation; et c'est apparemment l'espèce de l'arrêt de 1659, rapporté par Desgodets, qui fit réduire l'élévation [1]. »

Cette doctrine si équitable, si morale, de l'ancien droit avait été admise, à peu près sans contestation, jusqu'ici. Je cite encore M. Demolombe, le plus récent des interprètes du Code et l'un des plus accrédités :

« Remarquons, toutefois, dit le savant doyen de la Faculté de Caen, sur cette dernière proposition (que le copropriétaire du mur mitoyen peut l'élever aussi haut que bon lui semble, quelque préjudice que cela puisse causer à l'autre voisin), qu'il ne faudrait pas, pourtant, que le voisin élevât le mur jusqu'à une hauteur dangereuse, *ou bien uniquement dans le dessein de nuire au voisin*, comme, par exemple, de rendre sa maison malsaine ou obscure, *et cela sans intérêt pour lui-même*.

« Il est vrai, poursuit M. Demolombe, qu'en général, chacun peut disposer de sa chose de la manière la plus absolue, et sans tenir compte du préjudice qui peut résulter, pour les voisins, de l'exercice de son droit de propriété; mais il s'agit ici, non pas d'un droit de propriété, mais d'un droit de mitoyenneté. Or, d'une part, etc. »

[1] Conf. Valin, sur la Coutume de la Rochelle, t. III, p. 226 et suiv.; — Desgodets, sur l'article 195 de la Coutume de Paris.

Je supprime le reste de la citation, pour ne pas répéter les arguments que j'ai déduits plus haut des principes établis en matière de copropriété, comme en matière de servitude.

Suivant donc M. Demolombe, comme suivant tous les auteurs qui ont écrit avant lui, la faculté, pour un des voisins, d'exhausser le mur mitoyen n'existe « qu'à la condition qu'elle aura pour but son propre intérêt, et ne sera pas uniquement inspirée par l'envie de nuire à l'autre [1]. »

Lepage seul, dans ses *Lois des bâtiments*, a contredit cette doctrine :

« Quelques personnes, dit-il, pensent que, s'il était prouvé que l'exhaussement n'a pas d'autre but que de nuire au voisin, celui-ci pourrait s'y opposer. Sans doute qu'il ne faut jamais permettre ce qui n'est fait que par méchanceté; mais comment prouver qu'un exhaussement n'est demandé que pour nuire, puisque, suivant la loi, la seule volonté de l'un des propriétaires suffit pour l'autoriser à exhausser le mur? Il peut avoir un goût particulier, bizarre même, qui le porte à désirer que le mur de séparation atteigne une certaine hauteur : comment démontrer qu'il n'y a pas bizarrerie, et que l'envie de nuire soit le seul but de l'exhaussement? Le danger de se livrer à l'interprétation des intentions d'un propriétaire qui use de son droit, nous paraît un motif assez fort pour qu'on ne doive pas admettre pour règle que l'exhaussement n'est pas permis, s'il paraît n'avoir pour but que de nuire au voisin [2]. »

Mais cette opinion isolée, si ce n'était l'appui inattendu qu'est venu lui prêter l'arrêt précité de la chambre civile, n'est pas d'une bien grande autorité, opposée à celle de Toullier, Duvergier, Duranton, Pardessus, Demolombe; de Pothier surtout, le jurisconsulte du for intérieur et le guide le plus habituel des auteurs du Code; de Pothier qui mérite qu'on dise de lui, comme du grand Papinien, qu'en cas de dissentiment parmi les jurisconsultes, c'est son opinion qui doit prévaloir [3].

[1] Conf. Toullier, t. II, nos 202 et 203; — Duvergier sur Toullier, *eod.*; — Duranton, t. V, n° 230; — Pardessus, *Des Servit.*, t. I, n° 172; — Delvincourt, sur l'article 658, t. I, p. 403, note 1, éd. 1824; — Zachariæ, t. II, p. 222, note 12, éd. Massé et Vergé; — Dalloz, *Jur. gén.*, 2e édit., v° *Servit.*, nos 530 et suiv.

[2] T. I, n° 398; conf. Destrem sur Desgodets, *Lois des bâtim.*, n° 339, note 1, éd. 1845.

[3] Dans une constitution de Théodose le jeune, où sont nominativement

Lepage, d'ailleurs, infirme lui-même son propre sentiment, en disant « qu'il ne faut jamais permettre ce qui n'est fait que par méchanceté, » et en se rejetant sur la difficulté de prouver qu'un exhaussement n'est demandé que pour nuire. Et, lorsqu'il ajoute que l'auteur de l'exhaussement « peut avoir un goût particulier, bizarre même, qui le porte à désirer que le mur de séparation atteigne une certaine hauteur; » qu'il part de là pour demander comment on pourra démontrer qu'il n'y a pas bizarrerie, et que l'envie de nuire soit le seul but de l'exhaussement, je m'empare de cette objection même pour lui répondre que la *bizarrerie* ne peut pas plus que *l'envie de nuire* servir de fondement juridique à la demande.

Quant au danger dont il parle « de se livrer à l'interprétation des intentions d'un propriétaire qui use de son droit, » j'en suis moins effrayé que de voir, à la faveur de ce prétendu péril, consacrer juridiquement la maxime égoïste du *chacun chez soi, chacun pour soi : tant pis pour le voisin !* Sans doute, il est sage de dire, avec Bacon : *Optima est lex quæ minimum relinquit arbitrio judicis, optimus judex qui minimum sibi*[1]; mais il ne faut pas, pour cela, se défier, à l'excès, de l'intelligence ou de la passion du juge, et croire qu'il admettra facilement, sur l'allégation de l'un des voisins, que le désir de nuire ou la pensée d'une odieuse spéculation ont été les seuls mobiles de la conduite de l'autre.

M. Dalloz ne se montre pas, lui, aussi contraire à ce pouvoir d'appréciation des tribunaux :

« Les juges, dit-il, v° *Servitude*, n° 530, doivent apprécier, tout à la fois, les motifs de l'exhaussement et le tort apporté au voisin. Ces principes sont conformes aux lois romaines. » Et il cite les lois 30, D., *De Usufr. et quemad.*, etc.; 10 et 11, D., *De Servit. præd. urb.*, et 61, D., *De Reg. jur.* « Les auteurs, poursuit M. Dalloz, ne sont pas tout à fait de cette opinion; ils repoussent bien l'entreprise faite par méchanceté; mais ils

désignés les jurisconsultes aux écrits desquels l'empereur donne force de loi, il est dit, à l'éternel honneur de Papinien, qu'on comptera les voix, et que, s'il y a partage, la voix de Papinien sera prépondérante : *Ità tamen ut, quum dissidentes eorum essent sententiæ, vinceret illa quæ plurium calculo potior esset; et, in pari numero, vinceret Papinianus* (L. 1, Cod. Theod., *De Resp. prud.*).

[1] Aphor. 46.

admettent que l'exhaussement devrait avoir lieu, lors même qu'il serait nuisible à l'un des voisins, s'il était utile à l'autre... Cependant il paraît difficile d'admettre ces principes d'une manière absolue. Du moment où il y a préjudice grave, évident, pour l'un des voisins, comme dans l'arrêt du 23 août 1810[1], où le voisin ne voyait plus clair dans sa cuisine, il nous semble que l'exhaussement du mur mitoyen doit être, autant que possible, modéré. »

Pour rassurer, du reste, les esprits défiants sur le danger que signale Lepage, je citerai deux arrêts récents de la Cour de Paris, l'un de la troisième et l'autre de la cinquième chambre, arrêts auxquels j'ai concouru, et qui, tous les deux, ont jugé en faveur du droit d'exhaussement, malgré le préjudice qui en résultait pour le voisin, parce qu'en fait, il a été justifié, par l'autre voisin, d'un intérêt suffisant à la surélévation du mur mitoyen.

Ces deux arrêts étant inédits, je les rapporte textuellement :

Dans la première affaire, un entrepreneur de bâtiments, le sieur Coursaget, avait, en bâtissant, disposé sa maison de façon à donner à une partie des appartements vue sur le jardin du voisin, dans l'intention évidente de tirer de leur location un meilleur prix. Les époux Lehmann, peu flattés de se trouver ainsi exposés aux regards de tous les locataires qui pourraient venir successivement occuper ces appartements, manifestèrent l'intention de surélever le mur mitoyen. Coursaget s'y opposa; mais il perdit son procès. Et la troisième chambre de la Cour, tout en maintenant le principe de droit consacré par elle dans un précédent arrêt (l'affaire Thier), confirma la décision des premiers juges par les motifs suivants :

« La Cour;

« Considérant que le principe, posé dans l'article 658 du Code Napoléon, n'est pas tellement rigoureux et absolu dans son application que les tribunaux, sans pouvoir examiner les circonstances, soient tenus, dans tous les cas, de consacrer le droit d'exhaussement, même au profit du copropriétaire d'un mur mitoyen qui n'obéirait, en le surélevant, qu'à l'intention de nuire à son voisin, sans profit pour lui-même;

[1] Brux., 23 août 1810, aff. Mathys *C.* Grandbèke; *Jur. gén., loc. cit.*, n° 531-2°.

« Considérant, en fait, que la dame Lehmann justifie d'un intérêt sérieux et légitime à la surélévation du mur mitoyen sur lequel porte le litige; que la seule inspection des lieux fait apparaître cet intérêt et les inconvénients notables qui résultent, pour la propriété de la dame Lehmann, de l'ouverture de nombreuses fenêtres ayant un aspect direct sur le jardin et sur l'une des faces de l'hôtel; qu'il est donc inexact de soutenir, comme le fait l'appelant, que l'exhaussement ne serait, de la part de la dame Lehmann, qu'un acte accompli dans la seule intention de nuire à son voisin et sans utilité pour elle-même;

« Considérant que la dame Lehmann puise, dans les dispositions de l'article 658 du Code Napoléon, le droit incontestable d'exécuter cet exhaussement, etc.;

« Confirme[1]... »

Le procès, dans la seconde affaire, s'agitait entre M. d'Eichtal, d'une part, et MM. Rodier et Montenard, de l'autre. Des pourparlers avaient eu lieu entre MM. d'Eichtal et Rodier, au sujet d'écuries dépendant de la maison de ce dernier, et que M. d'Eichtal désirait acquérir. Les parties n'ayant pu s'entendre sur le prix, M. d'Eichtal, qui jusqu'alors ne paraissait pas avoir songé à surélever le mur mitoyen qui séparait la cour d'honneur de son hôtel d'une petite cour intérieure de la maison Rodier, destinée à éclairer des communs de cette maison, fit tout à coup exhausser ce mur de façon à intercepter la vue que, des fenêtres de ces communs, on avait sur une partie de sa cour.

Le tribunal de la Seine, jugeant que M. d'Eichtal n'avait agi que dans une pensée de spéculation, et pour amener M. Rodier à se relâcher un peu du prix qu'il exigeait de ses écuries, ordonna la démolition de la partie surélevée du mur mitoyen. Mais son jugement fut infirmé par l'arrêt suivant :

« La Cour;

« Considérant, en droit, que la faculté, concédée au voisin par l'article 658 du Code Napoléon, d'exhausser le mur mitoyen, n'est pas limitée au cas où celui-ci voudrait bâtir contre le mur; que c'est là un point de doctrine constant;

« Qu'il en résulte que, quelque gêne, quelque préjudice

[1] Arrêt du 23 juillet 1863; Cour imp. de Paris, 3e ch.; MM. Barbier, prés., Sallé, av. gén., concl. conf.; aff. Coursaget *C.* ép. Lehmann.

même que l'exhaussement puisse causer au propriétaire de la maison voisine, celui-ci est obligé d'en subir les conséquences, dès qu'il s'agit, pour l'autre voisin, de l'exercice d'un droit légitime;

« Considérant, d'ailleurs, et en fait, que d'Eichtal justifie d'un intérêt suffisant à l'appui de sa prétention d'exhausser le mur mitoyen qui sépare sa maison de celle des intimés; que, dans cette dernière maison, en effet, sont pratiqués des jours, des fenêtres, qui, bien qu'établis dans les conditions légales, ne laissent pas d'être incommodes pour la propriété de l'appelant; que ces jours, ces fenêtres, qui donnent sur la cour d'honneur de la maison d'Eichtal, permettent d'y voir une partie de ce qui s'y passe, inconvénient d'autant plus sensible pour le propriétaire de cette maison que ces jours sont destinés à éclairer des escaliers, des cuisines, ou autres pièces secondaires de la maison Rodier, et qu'il est allégué par d'Eichtal, dans ses conclusions, sans que cela ait été contredit, qu'il est maintes fois arrivé qu'on ait jeté, de ces pièces dans sa cour, des immondices ou autres corps étrangers;

« Considérant que les intimés ont d'autant moins à se plaindre du préjudice qu'ils éprouvent de l'exhaussement, dont l'effet est d'obscurcir les jours dont il s'agit, qu'il dépendait d'eux, ou de leurs auteurs, de donner à leur cour intérieure une plus grande dimension;

« Infirme, etc.[1] »

Mais, supposé que les fenêtres dont il s'agit eussent été disposées de façon à ne pas permettre la vue sur la cour du voisin, M. d'Eichtal aurait-il pu faire ce qu'il a fait? Je ne saurais le penser; et, si l'affaire Thier revenait devant les chambres réunies, j'ai la confiance que la Cour de cassation ne persisterait pas dans son arrêt du 11 avril dernier. FLANDIN.

[1] Arrêt du 13 juin 1864; Cour imp. de Paris, 5e ch.; M. Filhon, prés., aff. d'Eichtal *C.* Rodier et Montenard.

LES TRAVAUX DE VOIRIE PUBLIQUE ET LES DROITS DES LOCATAIRES.

Par M. Arthur Desjardins,
docteur en droit, substitut du procureur général à Aix.

La question que je veux examiner est d'un véritable intérêt pratique et se présente à chaque instant devant les tribunaux de nos grandes villes. Paris et Marseille se transforment avec une rapidité prodigieuse : de nouveaux monuments s'élèvent et de larges rues remplacent les petites. Mais cette rénovation de nos premières cités, quels qu'en puissent être les avantages économiques, entraîne à sa suite des inconvénients passagers. Beaucoup de gens, qui demeurent dans les rues qu'on bouleverse, souffrent provisoirement du bouleversement. Je suppose qu'ils y occupent leur logement à titre de locataires. En 1858, par exemple, les sieurs Ardoin père et fils avaient loué à la compagnie du chemin de fer de Paris à Lyon, sur le boulevard de Strasbourg, une boutique où celle-ci établit un bureau : la ville de Paris fit exécuter sur le boulevard des travaux qui abaissèrent le niveau du trottoir de 38 centimètres et rendirent l'accès de la boutique très-difficile. En 1864, le sieur Curtil avait loué au sieur Anglès, maître de pension, une vaste maison située dans une rue de Marseille : les travaux que la ville exécuta dans cette rue placèrent la maison à 10 mètres environ au-dessus du sol : l'accès en devint non-seulement difficile, mais dangereux : on n'y pouvait plus arriver que par une échelle ! Les parents s'effrayèrent, et le malheureux instituteur perdit plus de cent élèves. Quels sont, en pareille hypothèse, les droits du locataire lésé ? Peut-il actionner son bailleur ? Quel genre d'action la loi lui donne-t-elle ? Le bailleur condamné a-t-il un recours contre l'auteur direct du préjudice ?

Il semble d'abord que le bailleur doive être complétement irresponsable. Est-ce sa faute, après tout, si l'on prétend rebâtir à neuf les principales villes de France ? Il n'a pas provoqué ces grands travaux d'utilité publique et n'y concourt pas : n'y a-t-il pas quelque injustice à lui faire expier l'œuvre d'autrui ? Ce raisonnement serait exact si les obligations du bailleur ne dépassaient pas celles du nu-propriétaire ; mais tandis que ce

dernier n'est astreint qu'à laisser jouir l'usufruitier, le premier est astreint à faire jouir son locataire : ce principe, inscrit au troisième paragraphe de l'article 1719 du Code Napoléon, est de l'essence du contrat de louage. Si le bailleur ne fait pas jouir, il est dans la position d'un débiteur qui n'exécute pas une obligation de faire : cette obligation doit se résoudre en dommages-intérêts, à moins qu'une disposition spéciale de la loi ne vienne déroger à la règle générale de l'article 1142.

Cependant il existe un cas où le preneur n'a pas d'action contre son bailleur : si des tiers apportent par voies de fait un trouble à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée, l'article 1725 affranchit le bailleur de toute responsabilité « sauf au preneur à poursuivre les tiers en son « nom personnel. » Les propriétaires ne se lassent pas d'invoquer cet article pour faire supporter à l'auteur des travaux une responsabilité exclusive. « L'article 1725, disent-ils, déroge « précisément à l'article 1719 : quoi de plus naturel ? Pouvait-on, « sans iniquité, faire peser sur les bailleurs la conséquence « d'une voie de fait commise par un tiers ? Mais c'est par une « voie de fait, dans l'espèce, que le preneur est troublé : la loi « ne connaît que deux sortes de troubles, le trouble de fait, le « trouble de droit. L'auteur des travaux ne réclame aucun droit « sur la chose louée : donc il ne s'agit pas d'un trouble de droit, « et puisqu'il s'agit d'un trouble de fait, le bailleur est exonéré « de toute action. » Ce système a été justement condamné le 9 juillet 1858 par le tribunal de la Seine, sur appel par la Cour de Paris, et, le 17 août 1859, par la Cour de cassation sur le pourvoi formé contre l'arrêt de Paris ; il vient d'être également repoussé, le 9 avril 1864, par un jugement du tribunal de Marseille [1].

En effet, puisque l'article 1719 contient la règle et l'article 1725 l'exception, ce dernier doit être rigoureusement restreint au cas qu'il prévoit. Remarquons d'abord qu'il ne parle pas d'un trouble de fait, mais d'un trouble apporté par voies de fait : ces deux expressions n'ont pas, dans la langue française, un sens absolument identique. Or peut-on raisonnablement envisager l'exécution de travaux publics, quelques préjudices qu'elle entraîne après elle, comme une voie de fait ? Il faut sans

[1] *Sic* Paris, 19 février 1844.

doute reconnaître qu'elle peut dégénérer en voie de fait: si la ville de Paris s'avise d'envoyer à quelque locataire des ouvriers qui s'introduisent de vive force dans son domicile et s'installent dans son appartement pour y combiner ou y préparer plus commodément des travaux d'art ou de maçonnerie, c'est une voie de fait, et la ville, malgré sa qualité de personne morale, n'échappera pas à l'action directe de l'article 1725. Mais nous n'examinons pas cette hypothèse extraordinaire. La ville, nous le supposons, exécute, dans des conditions normales, un travail d'utilité publique ; son but est légal, ses moyens sont légaux : elle ne commet d'ailleurs aucune entreprise directe sur l'immeuble qu'occupe le locataire lésé. L'article 1725 n'est pas applicable, et le bailleur peut être directement actionné.

Mais quelle action donner au locataire? Le tribunal de la Seine, dans la première des deux espèces que nous avons citées, à condamné le bailleur à faire abaisser de 38 centimètres le sol de la boutique pour le *raccorder* avec le nouveau trottoir, puis à payer au preneur 5 francs d'indemnité par jour depuis l'assignation jusqu'à la fin des travaux. Cette décision soulève une question de droit très-délicate. L'article 1722, prévoyant l'hypothèse où l'immeuble loué sera partiellement détruit par cas fortuit, donne au preneur le choix entre la diminution du prix et la résiliation même du bail ; il ajoute: «Dans l'un et l'autre cas il n'y a lieu à aucun dédomma-« gement.» Cependant le tribunal de la Seine accorde un dédommagement[1], et la Cour de cassation rejette le pourvoi contre l'arrêt confirmatif de ce jugement.

Il est bon de remarquer qu'il ne s'agit ici ni d'une destruction totale ni d'une destruction partielle. Le locataire, à proprement parler, n'est donc pas dans l'hypothèse même qu'a réglée cet article. Il est vrai que les auteurs et les arrêts s'accordent généralement pour en étendre les dispositions au cas où la force majeure amène (ce sont les expressions de Marcadé) suppression de la jouissance, impossibilité momentanée et absolue de se servir de la chose. Mais telle n'est pas encore notre espèce : je ne vois là qu'une privation partielle ou pour mieux dire qu'une diminution de la jouissance. Ne semble-t-il pas qu'il faille

[1] *Contra* Nancy, 30 décembre 1837.

forcer à l'excès le sens des mots pour appliquer en pareille matière l'article 1722? Bien que d'après MM. Dalloz (*Répertoire méthodique*, v° *Louage*, § 210), cet article soit « un de ceux qui « doivent être largement interprétés, » je ne saurais, en pareille conjoncture, accorder au preneur le droit de demander la résiliation du bail. MM. Dalloz, examinant l'hypothèse déja discutée par M. Troplong, d'une diminution des produits d'une sucrerie par l'établissement d'un impôt sur les sucres, s'appuient sur l'article 1722 pour accorder au locataire le droit à une diminution du prix du bail : mais l'article 1722 lui donne un tout autre droit, l'option entre la diminution du prix et la résiliation du bail. MM. Dalloz ne parlent pas du droit à la résiliation, qu'il est pourtant indispensable de maintenir si l'on prétend appliquer l'article 1722. C'est qu'on ne peut pas raisonnablement en effet assimiler une diminution de jouissance, peut-être transitoire, à la destruction partielle de l'immeuble. A ce premier point de vue, l'article 1722 nous paraît donc inapplicable.

J'ajoute que cet article se réfère exclusivement au cas fortuit et que je n'aperçois pas de cas fortuit dans notre hypothèse. Cette proposition, paradoxale au premier abord, me paraît susceptible d'une facile démonstration.

Je veux bien admettre, avec les anciens auteurs, la division classique des cas fortuits en deux catégories, selon qu'ils proviennent de la nature ou d'un fait purement humain. Rangeons avec eux dans la première classe les débordements de fleuves, les tremblements de terre, les épizooties, les incendies, les tempêtes, etc.; rangeons sans hésiter dans la seconde la guerre, par exemple, et l'invasion des pirates. Mais on ajoute à cette liste le *fait du prince* et la violence exercée par un plus puissant (Sebastien Medicis, *De fortuitis casibus, quæstio* 13; Troplong, *Du louage*, n° 208). La violence exercée par un plus puissant! Il se peut qu'en des temps moins civilisés on l'ait assimilée au feu du ciel; mais le moins puissant, aujourd'hui, ne l'envisagerait pas avec cette résignation. Vinnius définit ainsi le cas fortuit : *Omne quod humano cœptu prævideri non potest nec cui prævisio potest resisti*. Cette définition deviendrait singulièrement vicieuse! D'abord on peut prévoir cette violence, ensuite on peut opposer la force à la force; on peut enfin recourir à la résistance légale et poursuivre devant les

tribunaux la réparation d'un tel préjudice. Tandis que nul ne peut s'en prendre au tonnerre ou à la tempête, l'homme est responsable envers l'homme. Allons plus loin. Tout le monde accepte comme un axiome cette proposition que le fait du prince est un cas fortuit : on entend par fait du prince une mesure prise par l'État, le département ou la commune dans la limite de leurs droits. Parce qu'on ne peut en arrêter l'accomplissement, faut-il la regarder comme un cas fortuit? Cette conséquence n'est pas nécessaire : on n'osera pas soutenir, par exemple, que l'exhaussement du mur mitoyen par le copropriétaire agissant en vertu de l'article 658 soit un cas fortuit : on pourrait citer un bon nombre d'exemples analogues. Ce qui manque, dans l'espèce, pour constituer le cas fortuit, c'est d'abord l'élément fortuit. Ensuite parce qu'on ne peut empêcher l'accomplissement d'un acte juridique, s'ensuit-il qu'on soit désarmé pour en obtenir la réparation? Nous démontrerons tout à l'heure le contraire. Ainsi donc la question se pose ainsi : Quel est l'auteur de ce préjudice? L'État, la commune ou le département. Par un pur hasard? Non : par un acte de sa volonté. Ce préjudice pouvait-il être évité? Parfaitement; mais on a jugé ce parti plus conforme à l'intérêt public. Encore une fois, je ne vois pas là de cas fortuit.

Ainsi donc le tribunal de la Seine a pu, sans violer aucun texte, allouer, le 9 juillet 1858, des dommages-intérêts à la compagnie locataire, malgré le paragraphe final de l'article 1722. Le tribunal de Marseille n'a pas condamné ce principe : il a statué, en fait, le 9 avril 1864, que le locataire était suffisamment dédommagé par une réduction sur le prix de son bail; mais il n'a pas visé l'article 1722 et s'est déterminé, non par l'existence du cas fortuit, mais par la faible importance du préjudice. Au contraire, il s'est appuyé formellement sur l'article 1719. Les articles 1722 et 1725 écartés, il fallait accepter l'empire des principes ordinaires. Or c'est un principe élémentaire que des dommages-intérêts peuvent être réclamés à celle des deux parties contractantes qui n'exécute pas son engagement.

Mais les deux décisions judiciaires ont formellement réservé le recours du bailleur contre l'auteur des travaux : « sauf à « eux à se pourvoir comme ils le jugeront à propos pour ob- « tenir, s'il y a lieu, de la ville de Paris l'indemnité à laquelle

« ils peuvent prétendre. » Le jugement de Marseille contient des réserves analogues. Nous croyons, en effet, qu'un recours est ouvert au bailleur, en pareille matière, contre l'État, le département ou la commune.

Qu'on le remarque bien : la loi, selon nous, n'interdit pas au locataire d'attaquer directement l'auteur des travaux; j'ai tâché de démontrer qu'il pouvait, mais non qu'il devait actionner son bailleur. Aussi la Cour de Paris nous semble-t-elle être allée trop loin quand, le 16 mars 1860 (D. P., 1860, 5, 226), elle a repoussé l'action du locataire contre le bailleur, dans une espèce où le trouble provenait de la démolition, *pour cause d'utilité publique*, de la maison voisine, attendu que ce trouble n'était pas le fait du propriétaire, mais de la ville, et que celle-ci « devait être considérée comme un tiers ordinaire par « suite des adjudications qui avaient mis entre ses mains la « propriété voisine de la maison louée. » Qu'importe l'origine de l'acquisition? La ville, en démolissant pour cause d'utilité publique, ne commettait pas une voie de fait, et rien, dès lors, ne pouvait soustraire le propriétaire à l'application de l'article 1719. C'est à tort, selon nous, qu'on a débouté le demandeur ; il avait la faculté, mais non l'obligation d'attaquer d'abord la ville.

Mais le bailleur, de son côté, s'il veut obtenir une réparation devant les tribunaux administratifs, fera bien d'attendre que son locataire l'ait actionné lui-même. Le 1er février 1855, un sieur Denailly, plaidant au Conseil d'État, voulut se faire garantir par la ville de Paris de toutes les réclamations dirigées contre lui par ses locataires à raison de dommages causés par des travaux publics. Le Conseil refusa d'admettre sa prétention, « considérant qu'il ne justifiait d'aucune con- « damnation à des dommages-intérêts prononcée contre lui au « profit de ses locataires et que la ville ne pouvait être tenue « de le garantir dès à présent de toutes les condamnations de « cette nature qui pourraient être prononcées contre lui à l'a- « venir. » Mais la demande, en définitive, n'est écartée que par une fin de non-recevoir, et le Conseil d'État, même dans cette partie de son arrêt (D. P., 1855, 3, 67), consacre implicitement la doctrine que je défends. Il ne me reste qu'à démontrer, sur ce point, le droit du bailleur.

Il me paraît d'abord évident que, si quelque quasi-délit a

été commis dans l'exécution de travaux publics, l'État, le département, la commune, auteurs des travaux publics, sont responsables. Ces personnes morales ont les droits, mais subissent les devoirs des individus ; elles ne peuvent pas plus répudier les conséquences de leurs fautes que de leurs contrats. Elle ne peuvent pas même se prévaloir ici de cet argument célèbre qu'exerçant un droit, elles ne sont pas comptables des dommages qu'entraîne l'exercice de ce droit. Le département du Doubs avait confié un travail public à des entrepreneurs ; ses agents ne le surveillèrent pas : une faute, préjudiciable à un sieur Monnin, fut commise dans l'exécution de ce travail. Le conseil de préfecture avait mis le département hors de cause, mais le Conseil d'État déclara que sa responsabilité pouvait être engagée par l'incurie de ses agents (7 mai 1863; D. P., 1863, 3, 61), et cette solution nous semble à l'abri de toute critique. Mais supposons que l'auteur des travaux publics n'ait aucune faute à se reprocher.

Pourquoi, dans notre hypothèse, le législateur se montrerait-il plus rigoureux qu'en d'autres matières ? Qu'on fouille un terrain pour la construction d'un chemin, d'un canal ou d'un *autre ouvrage public*, un dédommagement est dû. La loi du 3 mai 1841 proclame le même principe : on indemnise non-seulement le propriétaire expulsé, mais encore les locataires. Loin d'appliquer à ceux-ci la dangereuse théorie du cas fortuit, le législateur ordonne au bailleur de les faire connaître à l'exproprianl pour que ce dernier les indemnise, le bailleur étant tenu, s'il manque à cette prescription, de les indemniser lui-même. Ainsi donc c'est une règle de notre droit public que l'État, le département, la commune, qu'ils expropriant ou qu'ils apportent un simple trouble à la jouissance, doivent indemniser ceux qui souffrent par leur fait. Il serait absurde que l'État, chargé de travaux publics, m'indemnisât pour avoir pris ou fouillé mon terrain et ne m'indemnisât plus pour avoir enterré ou ébranlé ma maison. Il serait absurde qu'il indemnisât les locataires des gens expropriés parce qu'il les trouble dans leur jouissance et qu'il n'indemnisât plus bailleurs et preneurs quand il trouble leur jouissance par l'exécution de travaux publics.

Le droit inviolable de l'État ou de la commune, c'est de les exécuter. Pourquoi ? Les formalités sont remplies : l'intérêt

général est en jeu. Il ne serait pas raisonnable que les riverains pussent arrêter ce travail d'utilité publique parce qu'il froisse leur intérêt privé. Il serait impossible d'administrer un pays si les froissements de l'intérêt individuel pouvaient jusque-là prévaloir sur les exigences de l'intérêt public. Mais arrêtons-nous là. Parce qu'on peut exiger un sacrifice de l'intérêt privé, faut-il l'exiger sans indemnité? Ce qui importe, c'est que le travail s'accomplisse, rien de plus; mais l'intérêt public n'exige assurément pas qu'un préjudice individuel, direct, matériel et palpable, demeure sans réparation. J'ai le droit d'obtenir réparation d'un semblable préjudice, quand je l'impute à un individu; mon droit reste entier quand je l'impute à tout le monde.

Le Conseil d'État a reconnu ces principes par son arrêt du 1er février 1855. S'il a refusé de garantir le demandeur des condamnations éventuelles auxquelles il était exposé du chef de son locataire, c'est, je l'ai dit, par une fin de non-recevoir; au contraire, il fixait à 10,000 francs les dommages-intérêts dus par la ville de Paris pour l'abaissement du sol d'une place et d'une rue.

L'arrêt de la chambre des requêtes (17 août 1859), que nous avons cité plus haut, corrobore encore cette doctrine. Il serait vraiment inique d'accorder au preneur une action en dommages-intérêts sans admettre le recours du bailleur. Se figure-t-on ce dernier forcé de supporter exclusivement les frais d'un trouble qu'il ne peut empêcher, quand l'auteur du trouble jouirait d'une sécurité parfaite? L'article 1719 serait une source de ruines irréparables, et le législateur, qui n'a pas de raisons pour sacrifier les propriétaires aux locataires, se serait complu à organiser l'injustice aux dépens des premiers et au profit des seconds. Dans le système que nous défendons, le droit du preneur est sauf; mais celui-là supporte les dernières conséquences des travaux publics qui profite de ces travaux: quand il s'exécute un travail d'intérêt général, l'État; un travail d'intérêt communal, la commune. ARTHUR DESJARDINS.

LES ARTICLES 757 ET 908 DU CODE NAPOLÉON

ONT CRÉÉ, AU PROFIT DES PARENTS LÉGITIMES DU *de cujus* EN CONCOURS AVEC DES ENFANTS NATURELS RECONNUS, UN VÉRITABLE DROIT DE RÉSERVE. JUSTIFICATION DU PRINCIPE ET CONSÉQUENCES QU'IL ENTRAÎNE.

Par M. V. CARDOT,
docteur en droit, substitut à Chaumont (Haute-Marne).

L'article 757 du Code Napoléon crée, au profit des enfants naturels reconnus, des droits de succession *ab intestat* dont la quotité varie suivant le nombre et la qualité des héritiers légitimes du *de cujus*. Cette quotité est du tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime, dans le cas où le père ou la mère de la succession desquels il s'agit a laissé des descendants légitimes. Elle est de la moitié lorsque les père et mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères et sœurs; des trois quarts lorsque les père et mère ne laissent ni descendants, ni ascendants, ni frères, ni sœurs. Par donation ou par testament le *de cujus* ne peut rien donner à ses enfants naturels en dehors de la portion qui vient d'être déterminée; telle est la disposition formelle de l'article 908.

Le motif de ces restrictions se trouve dans de hautes considérations de morale sociale auxquelles le législateur français ne pouvait, même au lendemain d'une révolution qui avait bouleversé toutes les croyances, rester étranger ou insensible. « C'est pour honorer, pour encourager les mariages, disait le « tribun Jaubert dans la séance du 9 floréal de l'an XI, que les « enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes préroga- « tives que les enfants légitimes [1]. » — « Cette mesure, disait « M. Chabot de l'Allier en parlant de la disposition qui a passé « dans l'article 757, concilie parfaitement les droits de la na- « ture avec ce qu'exigent les bonnes mœurs, la faveur due au « mariage et les droits des familles [2]. »

Cette distinction entre la famille légitime et la postérité na-

[1] Locré, t. XI, p. 442.

[2] Rapport fait au tribunat dans la séance du 26 germinal an XI. — Locré, t. X, p. 248.

turelle était, au reste, traditionnelle en France, et son origine remonte jusqu'aux premiers empereurs chrétiens.

Constantin, par deux constitutions de l'année 336, dont l'une a été insérée au Code de Justinien, où elle forme la loi première du titre *De naturalibus liberis*, avait décidé : 1° que les enfants incestueux ou adultérins seraient incapables de recueillir de leur père par donation ou par testament, même à titre d'aliments ; 2° que les sénateurs, les préfets des provinces, les duumvirs et certaines autres personnes de condition élevée ne pourraient épouser des affranchies ou filles d'affranchis, des comédiennes ou d'autres femmes de condition basse ou vile, et qu'ils n'auraient la faculté ni de légitimer ni d'adopter les enfants nés de leurs rapports illicites avec ces femmes; 3° que les choses données ou léguées dans ces deux cas seraient reprises par les enfants légitimes du *de cujus*, à défaut de ceux-ci par ses père et mère, et en l'absence de ces derniers par ses frères et sœurs, le fisc n'arrivant qu'en quatrième ordre.

Il paraît que le même Constantin, par une constitution qui ne nous est pas parvenue, avait créé une incapacité de recevoir semblable en ce qui regarde les enfants naturels simples eux-mêmes. Cela parut rigoureux; aussi Valentinien, Valens et Gratien permirent-ils à celui qui avait des enfants de cette espèce de laisser à ceux-ci ou à leur mère, sa concubine, un douzième dans le cas où il avait des descendants ou ses père et mère légitimes, et trois douzièmes dans le cas contraire [1].

Arcadius et Honorius firent une constitution sur le même objet dans le but probablement de dire, ce qui avait pu faire doute, que ce qui serait enlevé aux enfants naturels comme dépassant la quotité disponible créée en leur faveur irait, non pas au fisc, mais aux descendants légitimes du *de cujus*, à sa mère ou à ses autres successeurs qui, de cette manière, avaient à l'encontre de la famille illégitime un véritable droit de réserve [2].

L'épouse légitime du *de cujus* ne mettait pas obstacle à ce que celui-ci pût disposer de toute sa fortune au profit de ses enfants naturels. C'était là quelque chose de regrettable au

[1] L. 4, Code Théod., *De natural.*, lib. IV, 6.
[2] L. 2, Code Just., *De natural.*, lib. V, 27.

point de vue de la sainteté et de la dignité du mariage, et quand pareille disposition était faite, elle contenait pour l'épouse le plus sanglant des outrages. Théodore et Valentinien rendirent ce résultat impossible en introduisant celle-ci dans la catégorie des légitimaires, et en permettant au disposant dans ce cas de ne laisser qu'un douzième à ses enfants naturels. La présence de la mère du *de cujus* ne fut plus un obstacle à ce qu'il pût disposer de toute sa fortune au profit de sa postérité illégitime.

Justin, en 528, augmenta la quotité disponible des enfants naturels en permettant au père, qui ne laissait ni descendants ni épouse légitime, de leur léguer, non plus seulement trois douzièmes comme précédemment, mais six douzièmes ou la moitié de la succession [1].

Justinien s'occupa des mêmes matières dans ses novelles 18 et 89. Par la première d'entre elles, il créa au profit des enfants naturels nés d'un concubinat, relativement à leur père, des droits de succession *ab intestat*. La quotité de ces droits fut de deux douzièmes, si le père ne laissait ni enfants ni épouse légitime; dans le cas contraire, la descendance illégitime et la concubine n'avaient droit qu'à des aliments. C'était la première fois que les constitutions distinguaient entre les enfants nés d'un concubinat et les autres enfants naturels. Par la seconde, le même empereur décida que la présence de l'épouse légitime du *de cujus* n'empêcherait pas que celui-ci pût disposer de toute sa fortune au profit de ses enfants naturels. Les enfants légitimes seuls eurent au regard de ceux-ci une réserve qui fut des onze douzièmes de la succession. Les père et mère ou autres ascendants n'eurent que leur légitime de droit commun.

Les règles ou restrictions qui précèdent ne s'appliquaient qu'au regard du père. Au regard de la mère, les enfants naturels avaient les mêmes droits de succession *ab intestat* que les enfants légitimes et le droit de disposer de celle-là restait absolu. Il n'y avait d'exception qu'en ce qui regarde la *mater illustris* [2]. Cette distinction, très-peu conforme aux lois d'une saine morale, s'expliquait, soit par cette idée que la maternité est toujours certaine, tandis qu'il n'en est pas de même de la

[1] L. 8, Code Just., *De natural.*, lib. V, 27.
[2] L. 5, Code Just., *ad S.-C. Orphitian.*, VI, 57.

paternité, soit par le souvenir des plus anciennes traditions du droit romain primitif.

La législation romaine du dernier état fut appliquée dans nos provinces de droit écrit. Quant aux pays de coutume, ils se montrèrent fort rigoureux, du moins à partir des rois de la troisième race, vis-à-vis des enfants naturels ou bâtards. En général, ceux-ci n'eurent, dans la succession *ab intestat* de leurs père et mère, droit qu'à des aliments et, même par testament, ils ne purent recevoir que des legs particuliers. « A l'égard des « bâtards ordinaires, dit Pothier, ils sont capables de legs « particuliers, quoique considérables et en propriété, mais ils « sont incapables de dispositions universelles, et celles qui « auraient été faites à leur profit seraient *réductibles* à une « certaine somme que le juge ordonnerait leur être délivrée « en biens de la succession pour servir à leur établissement, « laquelle somme pourra être plus ou moins grande, suivant « les forces de la succession [1]. »

L'exposé historique qui précède me paraît être une première preuve à l'appui de la thèse que je soutiens, à savoir que les articles 757 et 908 du Code Napoléon ont créé au profit de la famille légitime du *de cujus*, à l'encontre de sa postérité naturelle, un véritable droit de réserve. Les empereurs Arcadius et Honorius ne disaient-ils pas, en propres termes, que l'excédant sur le disponible par eux déterminé reviendrait à la descendance légitime du *de cujus* et à la mère de celui-ci, en un mot à la famille réservataire par rapport aux enfants naturels du disposant? « Quidquid vero ULTRA MODUM CONCESSUM relictum sit, « legitimis filiis, vel matri, vel cæteris successoribus, jure « reddatur [2]? » L'empereur Justin n'avait-il pas la même pensée quand il défendait au *de cujus* de faire à ses enfants naturels, ainsi qu'à leur mère, des dispositions excessives? « Ita tamen « ut memoratam sex unciarum quantitatem in omnibus natu- « ralibus filiis et matre eorum minime testator EXCEDAT [3]? » Pothier lui-même, qui écrit sous l'empire d'une législation prohibitive des legs universels quelconques, n'admet-il pas que de pareilles dispositions faites à leur profit sont, non pas

[1] Pothier, *Traité des donat. test.*, ch. 3, art. 3, et introd. au titre 16 de la Coutume d'Orléans, n° 42.

[2] L. 2, Code Just., *De natural.*, lib. V, 27.

[3] L. 8, Code Just., *De natural.*, lib. V, 27.

nulles, mais réductibles? Admettre cela, n'est-ce pas reconnaître implicitement, mais clairement, que le droit de la famille légitime est un véritable droit de réserve? S'il en était ainsi autrefois, il doit en être de même aujourd'hui; car l'origine des articles 757 et 908 se trouve dans les constitutions et décisions que j'ai citées, et les restrictions actuelles se fondent sur les mêmes motifs que les restrictions anciennes. Il est même à remarquer que le Code Napoléon ne prohibe plus toute espèce de dispositions universelles; il les permet, au contraire, pourvu qu'elles soient faites dans les limites qu'il détermine. Cette différence, qui est certaine, donne à l'argument puisé dans le droit ancien une nouvelle force; d'ailleurs limiter la quotité dont le père pourra disposer en faveur de son enfant naturel reconnu, dire que les libéralités par lui faites seront possibles en deçà d'une certaine mesure et impossibles au delà, c'est, il me semble, créer une quotité disponible et, par suite, une réserve.

Cette première preuve complexe n'est pas la seule; l'article 758 en fournit une seconde. S'il s'agit dans l'article 908 d'une règle d'incapacité personnelle, l'enfant qu'elle concerne restera incapable, quels que soient le nombre et la qualité des héritiers du *de cujus*, et alors même qu'il n'en existerait aucun. Toutes les incapacités écrites dans nos lois ne présentent-elles pas ce caractère? Le condamné à une peine afflictive perpétuelle n'est-il pas incapable même au cas où le défunt n'aurait laissé aucun parent au degré successible? N'en est-il pas de même des docteurs en médecine et en chirurgie ou des ministres des cultes dans les cas qui sont indiqués par l'article 909? Les autres cas d'incapacité prévus par les textes qui précèdent ou qui suivent l'article 909, par les lois spéciales ou même par les législations anciennes, ne ressemblent-elles pas à celles-ci? Si au contraire, dans le cas qui nous occupe, la présence de parents légitimes du *de cujus* met seule obstacle au droit de disposer de celui-ci, c'est donc que le législateur moderne a voulu créer, dans l'intérêt de ces parents, par les motifs d'honnêteté publique auxquels nous avons fait allusion, un véritable droit de réserve.

« Deux caractères, dit M. Demolombe, distinguent particu-
« lièrement les règles relatives à la disponibilité des biens, à
« savoir : 1° que l'étendue plus ou moins grande de cette dis-

« ponibilité ne peut être déterminée qu'à l'époque de l'ouver-« ture de la succession (art. 920); 2° qu'elle est subordonnée « à la quotité des biens du *de cujus* et à la qualité des héritiers « qu'il laisse [1]. » Nous avons vu que le second de ces caractères existe dans l'hypothèse sur laquelle nous raisonnons; le premier existe certainement aussi, ce qui prouve, une fois de plus, que le droit de la famille légitime est un droit de réserve. Telle est, au reste, la conclusion de l'auteur que nous avons cité. « L'article 758, dit-il, est bien la preuve que les restric-« tions par lesquelles le législateur a limité, dans l'article 757, « les droits successifs de l'enfant naturel, constituent beaucoup « plus des règles de disponibilité réelle que des règles de capa-« cité personnelle [2]. »

Telle est aussi la manière de voir de la Cour suprême : « Attendu, est-il dit dans un arrêt du 16 août 1841, que les « articles 757 et 908 du Code Napoléon, en limitant les droits « de l'enfant naturel, eu égard au degré de consanguinité des « autres successibles à défaut desquels il peut recueillir toute « l'hérédité, n'ont point entendu frapper cet enfant naturel, ni « d'une indignité ni d'une incapacité absolue de succéder, « mais seulement établir une sorte d'indisponibilité purement « relative aux autres successibles dans l'intérêt desquels une « *réserve* était fixée par la loi [3]. »

Vainement objecterait-on pour combattre ces déductions que l'article 908 est précédé et suivi d'articles qui édictent de véritables incapacités et qu'il est placé sous cette rubrique : *De la capacité de disposer ou de recevoir par donation entre-vifs ou par testament.* Vainement encore s'étonnerait-on qu'un droit de réserve existât au profit de tous les parents légitimes quelconques et seulement au regard de certaines personnes, les enfants naturels reconnus, alors surtout que les articles 913 et suivants, qui créent dans nos lois le droit de réserve et disent quels sont les héritiers réservataires, ne parlent nullement du cas qui nous occupe.

Je réponds à ces diverses objections par les observations suivantes : L'article 908 n'est pas le seul qui contienne des

[1] Demolombe, *Traité des successions*, t. II, n° 83.
[2] Demolombe, *Successions*, t. II, n° 83.
[3] Dalloz, *Répert.*, v° *Succession*, n° 329.

dispositions étrangères au titre duquel il fait partie et qui ait un caractère autre que celui qui semble indiqué par la rubrique qui précède ce titre. L'article 841 qui traite du retrait successoral fait partie d'un chapitre qui s'intitule, non pas *Des retraits*, mais *De l'action en partage et de sa forme;* l'article 760 qui est précédé et suivi de textes relatifs aux droits de succession des enfants naturels simples, ou naturels adultérins, ou incestueux, et placé sous la rubrique : *Des droits des enfants naturels sur les biens de leurs père et mère,* est cependant relatif à une question de rapports; l'article 866, qui est au titre *Des rapports,* traite pourtant d'une question de réduction, et l'article 844, parlant d'une question de réserve, se sert de l'expression impropre de *rapport*. Au reste, les termes mêmes dont s'est servi le législateur dans l'article 908 prouvent bien qu'il a entendu créer, à l'encontre des enfants naturels, non une règle d'incapacité, mais une règle d'indisponibilité. Ce texte, en effet, ne dit pas, comme l'article 1099 pour le cas d'une donation déguisée faite entre époux même dans les limites du disponible, que la disposition est *nulle;* il dit, au contraire, que les enfants naturels ne pourront *rien recevoir* AU DELA *de ce qui leur est accordé au titre des Successions.* S'ils ne peuvent rien recevoir *au delà*, c'est donc qu'en deçà la disposition est valable et seulement réductible.

Les articles 757 et 908 ne sont pas le seul exemple non plus de réserves créées au profit de tous les parents ou de toute une catégorie de parents légitimes. Les réserves coutumières des quatre quints des propres existaient au profit de tous les parents de l'estoc et ligne dont provenaient les propres, quels que fussent d'ailleurs la qualité de ces parents, leur nombre et leur degré de parenté avec le défunt. La législation romaine nous montre en outre le cas d'un droit de légitime qui, comme celui qui nous occupe, n'existait qu'au regard de certains des héritiers du *de cujus*. Les frères et sœurs, en effet, n'avaient la *querela in officiosi testamenti* que si le disposant avait institué une personne honteuse (*persona turpis*). Les enfants naturels, sans doute, ne sont pas des personnes honteuses, mais leur naissance provient d'un fait qui est moralement coupable : « Encore qu'ils soient innocents, dit Denizart, et que l'affection « qu'on a pour eux ne soit pas criminelle, il est cependant vrai « qu'elle tire son origine d'un crime et qu'elle en porte le ca-

« ractère et l'impression[1]. » Voilà pourquoi cette hypothèse puisée aux sources du droit romain, quoique en apparence différente, est, en réalité, tout à fait analogue à celle à propos de laquelle nous discutons.

Qu'importe après cela que les articles 913 et suivants ne parlent pas de cette espèce de réserve? Parlent-ils davantage de la réserve qui existe au profit des enfants naturels et qui est d'une quote-part de celle qu'ils auraient eue s'ils eussent été légitimes? La jurisprudence a cru que ce droit était implicitement contenu dans les articles 757 et 761[2], comme je prétends de mon côté que les articles 757 et 908 doivent conduire à une conséquence analogue en ce qui regarde la famille légitime, vis-à-vis des enfants naturels. L'objection n'a donc pas plus de portée que les autres.

J'ai ainsi établi que les articles 757 et 908 ont créé au profit de la famille légitime, vis-à-vis des enfants naturels reconnus, un véritable droit de réserve; je vais maintenant déduire de ce principe les conséquence qui y sont contenues.

Première conséquence. Les parents dans l'intérêt desquels a été créé le droit de réserve des articles 757 et 908 peuvent renoncer à s'en prévaloir.

Cette conséquence paraît admise par tout le monde : « Attendu, dit la Cour de cassation dans son arrêt déjà cité du « 16 août 1841, que si des considérations de morale et d'ordre « public ont fait refuser à l'enfant naturel le titre d'héritier, il « n'existe rien de contraire aux bonnes mœurs dans les conventions par lesquelles le sucessible réservataire, sans attribuer à l'enfant naturel cette qualité dont il ne peut être « honoré, lui abandonne à titre onéreux ou gratuit les biens « qu'il aurait le droit de revendiquer ; — Attendu que les conventions qui ne règlent que des intérêts privés ne sauraient « être réputées illicites et se trouvent dès lors régies par les « dispositions de la loi commune et les principes généraux du « droit ; — Par ces motifs, casse, etc.[3]. »

[1] Denizart, v° *Bâtard*.

[2] Cass., 26 juin 1809; Sir., 9, 1, 337. Rej., 25 avril 1830; Sirey, 30, 1, 166. Rej., 28 juin 1831; Sir., 31, 1, 279. Rej., 15 mars 1847; Sir., 47, 1, 178. — V., dans le même sens, les diverses autorités citées par MM. Aubry et Rau (t. V, § 686, notes 4 et suiv.).

[3] Dalloz, *Répert.*, v° *Succession*, n° 329.

Deuxième conséquence. Les articles 757 et 908 forment un statut réel et par suite régissent les successions dévolues même à des enfants naturels étrangers en concours avec des parents légitimes étrangers ou français.

Les lois relatives aux quotités disponibles et réservées concernent les biens plus que la personne, et par suite font partie de la classe des statuts réels. Or précisément j'ai prouvé que les articles 757 et 908 faisaient partie de ces lois. La démonstration est donc complète.

J'ajoute une considération qui a bien son importance. Si une loi étrangère donnait aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, cette loi ne serait certainement pas appliquée en France. Les raisons de moralité sociale et d'honnêteté publique qui ont fait limiter la part des enfants naturels à des quotités fixes, variables suivant le nombre et la qualité des parents légitimes laissés par le défunt, impriment aux dispositions qui se basent sur elles un véritable caractère d'ordre public, et il est de principe que les statuts même personnels d'une nation ne sont applicables en France que s'ils n'ont rien de contraire à l'ordre public français. Qu'importe d'ailleurs que la loi étrangère, au lieu de donner aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, ne leur accorde que des droits plus étendus que ceux des enfants naturels français, mais moins étendus que ceux des enfants légitimes? Il n'y a de différence, entre les deux hypothèses, que du plus au moins, et par suite, la même observation peut être présentée et les mêmes raisons, puisées de l'intérêt de l'ordre public français, doivent prévaloir.

Troisième conséquence. L'enfant naturel reconnu et légataire du disponible a le droit de demander et d'obtenir que les biens donnés par le *de cujus* soient réunis aux biens extants, et de calculer sur la masse ainsi formée la part à laquelle il a droit.

Cette troisième conséquence est rejetée, soit par M. Demolombe[1], soit par un arrêt de la Cour d'Orléans, du 7 janvier 1860, qui est rapporté par Sirey-Devilleneuve, vol. de 1860, 2e part. p. 225.

Deux hypothèses doivent être distinguées, non pas que, suivant moi du moins, la solution doive être différente dans l'une

[1] Demolombe, *Traité des donations et des testaments*, t. Ier, n° 554 *bis*.

et dans l'autre, mais parce qu'une confusion est possible dans la seconde et impossible dans la première.

Première hypothèse. Un *de cujus* a laissé 80,000 francs de biens extants, 20,000 francs de biens donnés, un enfant naturel reconnu, légataire du disponible, et un frère. Cet enfant naturel aura-t-il droit à la moitié de 80,000 francs ou à la moitié de 100,000 francs, à 40,000 ou à 50,000 francs?

Deuxième hypothèse. Un *de cujus* a laissé 80,000 francs de biens extants, 20,000 francs de biens donnés, un enfant naturel reconnu, légataire du disponible, et son père. Cet enfant naturel aura-t-il droit à la moitié de 80,000 francs ou de 100,000 francs, à 40,000 francs ou à 50,000 francs?

Certains jurisconsultes ont distingué entre les deux cas : ils ont admis la réunion fictive des biens donnés aux biens extants dans le second cas et l'ont rejetée dans le premier, parce que le père est héritier à réserve, tandis que le frère du *de cujus* n'a pas cette qualité et que l'article 922 du Code Napoléon est applicable, non-seulement pour le calcul de la réserve, mais encore pour celui du disponible [1].

J'ai dit que cette distinction provenait d'une confusion, et en effet il ne s'agit pas, dans l'hypothèse sur laquelle ces jurisconsultes raisonnent ainsi que moi, de la réserve du père et de la quotité disponible ordinaire. La réserve ordinaire du père est du quart de toute la succession, y compris les biens donnés, soit dans l'espèce de 25,000 francs; or, même en ne réunissant pas les biens donnés aux biens extants, le père aura 40,000 fr., c'est-à-dire presque le double de sa réserve ordinaire. Peu importe donc cette qualité d'héritier réservataire ordinaire, qui existe dans la personne du père et qui n'existe pas dans celle du frère.

Étant ainsi démontré que toute distinction est impossible, j'admets que, dans l'une et l'autre hypothèses, il y a lieu de réunir les biens donnés aux biens extants, pour calculer, sur la masse ainsi formée, la part à laquelle l'enfant naturel a droit, et par suite j'accorde 50,000 francs et non pas seulement 40,000 francs à cet enfant. Pour arriver à ce résultat, je raisonne ainsi :

[1] V. la note qui suit l'arrêt, plus haut cité, du 7 janv. 1860; Sir.-Devill., 1860, 2, p. 225.

Il est certain que l'article 922 s'applique, non pas seulement pour le calcul de la réserve, mais aussi pour celui du disponible; non pas seulement à l'enfant légitime qui agit en réduction contre des donataires ou des légataires, mais encore au même enfant légataire du disponible, qui prétend, à l'encontre de ses frères réservataires, que ce disponible doit se calculer sur les biens donnés comme sur les biens extants[1]. Or, dans l'hypothèse sur laquelle je raisonne, il s'agit précisément d'un enfant naturel légataire du disponible, qui prétend, à l'encontre des parents légitimes réservataires, que ce disponible doit se calculer sur les biens donnés comme sur les biens extants. La même règle doit donc être appliquée.

J'ajoute que le système contraire conduirait fatalement aux conséquences les plus regrettables. Supposez, en effet, qu'un *de cujus* ait fait à son enfant naturel une donation de 50,000 francs et qu'il laisse à son décès des biens pour une somme égale. Si la part de l'enfant en concours avec un frère ou un père du défunt doit se calculer seulement sur les biens existants, cet enfant, quoique légataire du disponible, n'aura droit qu'à 25,000 francs, et comme il doit rapporter ce qu'il a reçu, qu'il ne peut ni être dispensé de ce rapport ni s'en affranchir en renonçant, il sera contraint de rendre la moitié de ce qu'il a reçu. Au contraire, si aucune donation ne lui avait été faite, le patrimoine du *de cujus* eût été d'une valeur de 100,000 francs, sur quoi il aurait pris 50,000 francs, c'est-à-dire, qu'avec la solution des adversaires, l'enfant naturel aura d'autant moins que son père l'aura plus aimé et se sera montré plus libéral à son égard. Cela n'est ni rationnel ni admissible.

Mais, objecte-t-on, l'article 757 n'accorde à l'enfant naturel de droits que sur les biens laissés au décès et les biens donnés en sont définitivement sortis. D'ailleurs, et aux termes de l'article 908, la part de cet enfant reste la même, quelles que soient les dispositions entre-vifs ou testamentaires faites en sa faveur. A quoi l'on ajoute qu'un enfant légitime ne peut, quand il n'a que des droits de succession *ab intestat*, comprendre dans la masse à partager et pour le calcul de la part

[1] Rej., 8 juill. 1826; Sir., 26, 1, 313 (arrêt solennel). Cass., 13 mai 1828; Sir., 28, 1, 201. Cass., 19 août 1829; Sir., 30, 1, 101. Rej., 8 janv. 1834; Sir., 34, 1, 12. — V., dans le même sens, les diverses autorités citées par Aubry et Rau, t. V, § 630, note 12, et par Sirey-Devill., 1860, 2, 225.

à laquelle il a droit, des biens précédemment donnés par le *de cujus* et qu'il doit en être de même de l'enfant naturel même légataire du disponible, puisque, malgré les dispositions faites en sa faveur, il n'a qu'une quote-part des droits qu'aurait eus un enfant légitime succédant *ab intestat*.

Ces objections seraient insurmontables si l'on ne devait, suivant moi, faire triompher l'esprit de la loi sur sa lettre. Si l'enfant naturel n'était pas légataire du disponible, il ne pourrait prendre que la moitié des biens extants, soit 40,000 francs dans l'espèce que j'ai figurée; mais parce qu'il est légataire du disponible, je crois qu'il pourra prendre 50,000 francs. Ce que veut le législateur, c'est que l'enfant naturel ne puisse recueillir, dans la succession de son père, au delà de la part qu'il aurait eue si celui-ci n'avait, de son vivant, disposé d'aucune partie de sa fortune. Entendre la loi autrement, c'est obliger le père de famille, qui veut conserver le droit de disposer dans les limites les plus larges en faveur de son enfant naturel, à ne faire de son vivant, soit à ses enfants légitimes, soit à ses proches, ni donation, ni libéralité d'aucune sorte. Il faudra qu'il marie ses filles sans les doter, car s'il le faisait il diminuerait la part à advenir à son enfant naturel; il sera forcé de ne pas établir ses fils légitimes, car en obéissant au devoir que lui impose sa qualité de père, il sacrifierait une partie des droits qu'il veut conférer à son enfant naturel. Une interprétatation qui conduit à de pareils résultats ne peut être conforme à la pensée du législateur.

Je termine par une dernière observation. Primus est mort laissant une fortune de 100,000 francs, un enfant naturel reconnu et un cousin germain. Par son testament, il laisse un legs de 50,000 francs au profit d'un tiers, avec cette clause que ce legs ne diminuera pas la portion de l'enfant et qu'il sera entièrement prélevé sur la portion des héritiers légitimes. D'après les adversaires, la volonté du *de cujus* ne sera pas respectée et le prélèvement devra avoir lieu soit sur la portion des héritiers légitimes, soit sur celle de l'enfant, la succession *ab intestat* du disposant se trouvant diminuée par toutes les charges, dettes ou legs qui pèsent sur l'universalité du patrimoine du défunt[1]. Or un pareil résultat est-il possible? Le *de*

[1] Demolombe, *Traité des donat.*, t. I, n° 554 *ter*. — Comp. Cass., 14 mars 1837; Dall., 37, 1, 277, et 16 nov. 1859; Devill., 59, 1, 881.

cujus peut avoir de graves sujets de mécontentement vis-à-vis de ses héritiers légitimes, et il n'aurait la faculté de réduire la part à laquelle ils ont droit qu'à la condition de réduire aussi celle de son enfant, quand d'ailleurs la conduite de cet enfant a toujours été parfaite à son égard! Cela blesse ma raison et me fait dire, une fois de plus, qu'un système qui conduit à de semblables conséquences n'est pas un système vrai et qui doive être admis. V. CARDOT.

ENDOSSEMENT. — CESSATION DE L'HYPOTHÈQUE.

L'ENDOSSEMENT D'UNE LETTRE DE CHANGE OU D'UN BILLET A ORDRE TRANSFÈRE-T-IL, EN MÊME TEMPS QUE LA CRÉANCE, L'HYPOTHÈQUE OU LE PRIVILÉGE QUI LA GARANTIT?

Par M. BUCQUOY,
docteur en droit, avocat à la Cour impériale d'Amiens.

Cette question nous a paru présenter un très-vif intérêt, non pas seulement pour le jurisconsulte qui trouve toujours un très-grand attrait dans la solution des difficultés auxquelles le silence de la loi donne naissance, mais encore pour quiconque veut se rendre un compte exact des véritables principes de l'économie politique, pour quiconque désire connaître quels avantages et quels dangers pourrait apporter à la prospérité d'un État la facilité plus ou moins grande de la mobilisation des propriétés foncières : nous pourrions ajouter que cette question emprunte un nouvel intérêt aux circonstances mêmes au milieu desquelles nous vivons, mais nous devons nous rappeler que c'est une discussion essentiellement juridique que nous devons engager; et si nous signalons immédiatement les conséquences du système qui accorderait à l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre la puissance de transférer, en même temps que la créance, l'hypothèque ou le privilége qui la garantit, c'est uniquement afin de prouver que le sujet que nous nous proposons de traiter en ce moment était digne par son importance de figurer dans cette *Revue*, quelque faible que soit du reste le talent de celui qui a entrepris ce travail.

Déclarer qu'un simple endossement apposé à une lettre de change ou à un billet à ordre peut transmettre, en même temps que la créance, l'hypothèque ou le privilége qui la garantit, c'est proclamer la mobilisation du sol et le rétablissement, sous une forme nouvelle, des cédules hypothécaires de l'an III dont l'histoire a gardé une si triste et un si douloureux souvenir; c'est déclarer que les propriétés immobilières pourront bientôt être cotées à la Bourse, et devenir l'objet d'un jeu nouveau d'autant plus effréné qu'il aura l'attrait de la nouveauté, de telle sorte que la valeur des propriétés foncières, qui dépend aujourd'hui et qui doit dépendre de la libre concurrence entre les vendeurs et les acheteurs, se trouvera à la merci des agents d'intrigue et de leur intérêt personnel.

Ces conséquences sont logiques, nécessaires, irrésistibles, je l'affirme dès à présent, me réservant le soin de justifier cette assertion dans le cours de la discussion à laquelle je vais me livrer.

Ainsi mobilisation du sol et rétablissement, sous une forme nouvelle, des cédules hypothécaires de l'an III, telle est la double conséquence du système qui accorde à l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre l'effet de transférer, avec la créance, l'hypothèque ou le privilége qui la garantit.

C'est contre ce système que nous avons voulu nous élever de toutes nos forces au nom de la loi dont nous sommes avant tout le religieux interprète et observateur, et puis au nom de l'intérêt social que le législateur a toujours dû avoir pour but de ses différentes dispositions.

Examinons tout d'abord dans quelles circonstances pourra se présenter la question soumise en ce moment à notre appréciation.

Plusieurs auteurs citent comme pouvant soulever cette question l'hypothèse d'un billet à ordre souscrit par acte notarié et constatant une créance pour la garantie de laquelle une hypothèque aurait été consentie par ce même acte. — Nous pensons que cette hypothèse doit être écartée immédiatement par une excellente raison, c'est que le billet à ordre ne peut pas être souscrit sous la forme notariée : en effet, si le billet à ordre pouvait être souscrit par acte notarié, il faudrait, tout au moins, que cet acte fût fait en *brevet*, puisque, par sa nature, le billet

à ordre est destiné à circuler de main en main, et il ne peut l'être aux termes de l'article 20 de la loi du 25 ventôse an XI, qui oblige les notaires à conserver minute de tous les actes qu'ils reçoivent, à l'exception de certains actes énoncés limitativement dans ce même article, et parmi lesquels ne se trouve ni le billet à ordre ni la lettre de change.

Nous n'ignorons pas que des auteurs très-recommandables, notamment Toullier, Pardessus, Rolland de Villargues, enseignent que la forme notariée peut s'adapter à une lettre de change et à un billet à ordre; mais comme ils se contentent d'une affirmation pure et simple, et qu'aucun d'eux n'a réfuté l'argument que fournit l'article 20 de la loi sur le notariat, nous pensons pouvoir émettre une opinion contraire, et nous sommes heureux de nous placer sous la protection d'un arrêt parfaitement motivé, rendu par la Cour de Lyon le 22 mars 1830.

Du reste, nous ne voulons pas insister plus longtemps sur une question tout à fait incidente; et si nous l'avons soulevée, c'est dans le seul but d'éviter toute difficulté sur l'exposé des faits à l'occasion desquels doit s'engager la véritable discussion.

Cette hypothèse une fois écartée, nous en choisirons une autre sur laquelle aucun doute ne puisse s'élever.

Le vendeur d'un immeuble a déclaré dans l'acte même de vente accepter, en guise de payement, des lettres de change ou des billets à ordre contenant la mention de son privilége de vendeur qu'il entendait conserver : ces lettres de change ou ces billets à ordre, contenant la susdite mention, ont été souscrits et transmis par la simple voie de l'endossement : aucune des formalités exigées par l'article 1690 du Code Napoléon n'a été observée; il n'y a eu ni signification faite au débiteur ni acceptation du transport faite par lui dans un acte authentique. Dans ces circonstances, le porteur de ces lettres de change ou de ces billets à ordre pourra-t-il jouir du privilége attaché à la créance dont l'endossement l'a rendu cessionnaire? Telle est la difficulté qu'il s'agit de résoudre.

Les partisans du système de la transmissibilité du privilége n'ont qu'un seul argument, et ils le formulent en ces termes : « La créance contenue dans une lettre de change ou dans un billet à ordre est cessible par un simple endossement, or le privilége et l'hypothèque ne sont que les accessoires de cette créance

qu'ils garantissent, donc ils peuvent être cédés par la même voie; en vertu de ce principe si connu : « accessorium sequitur principale; » l'accessoire suit le sort de la chose principale... »

Encore une maxime que l'on a revêtue d'une forme antique afin de lui donner une apparence de puissance et d'autorité qu'elle n'aurait pas si elle se présentait sous une forme moderne; combien est libre en même temps la traduction qu'en donnent nos adversaires pour la rendre applicable à l'hypothèse qui nous occupe : « Tout écrit pouvant contenir la constitution d'une créance peut contenir la constitution des accessoires de cette même créance, tout écrit pouvant transmettre une créance peut transmettre les accessoires de cette créance; » voyons maintenant combien est fausse cette maxime ainsi traduite : Une créance peut être constituée par acte sous seing privé. Donc, si cette maxime invoquée par nos adversaires est vraie, l'hypothèque, accessoire de cette créance, pourra aussi être constituée par acte sous seing privé; or la loi nous dit expressément, dans l'article 2127 du Code Napoléon, que l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique. Laissons donc de côté cette fameuse maxime qui n'a pu être invoquée ici que par suite d'une étrange méprise.

Allons plus loin et attaquons l'argument de nos adversaires par sa base : Pour que l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre puisse transmettre les priviléges et les hypothèques attachés à la créance qui y est contenue, il faut, de toute nécessité, que la lettre de change se prête à l'affectation des garanties résultant des priviléges et des hypothèques; or le texte de la loi et son esprit nous autorisent à dire que le payement d'une créance constatée par un billet à ordre (et ce que je dis et dirai du billet à ordre est et sera applicable à la lettre de change, aussi par abréviation ne parlerai-je que du billet à ordre) ne peut être garanti ni par un privilége ni par une hypothèque.

Le texte de la loi. — L'article 110 du Code de commerce ne nous dit-il pas que la lettre de change devra énoncer la *somme* à payer? La lettre de change se refuse donc par sa nature à la transmission des droits réels; et l'hypothèque et le privilége sont des droits réels.

L'esprit de la loi. — Le législateur du Code de commerce, en soustrayant la lettre de change à la nécessité des formalités imposées par l'article 1690 du Code Napoléon pour la cession des créances ordinaires, a voulu favoriser la rapidité des négociations commerciales et la circulation du numéraire; dans ce même but il a entouré la lettre de change de garanties exceptionnelles, telles que la *solidarité*, la *contrainte par corps* : pourquoi a-t-il créé ces garanties exceptionnelles? parce que les garanties ordinaires étaient une entrave à la rapidité des négociations commerciales; le législateur n'a donc pas pu vouloir cumuler les garanties exceptionnelles et les garanties de droit commun, mais bien substituer les premières aux secondes. — En voulez-vous une preuve? lisez l'article 141 du Code de commerce. « La lettre de change pourra *aussi* être garantie par un aval. »

Aussi, donc les garanties ordinaires ne sont pas applicables à la lettre de change, puisqu'on nous prévient que l'aval, qui est en définitive un cautionnement, pourra s'y appliquer; ou l'article 141 du Code de commerce est inutile, ou sa rédaction exclut nécessairement les garanties de droit commun.

M. Cabantous, dans un article qu'il a publié à la suite de l'arrêt de cassation du 21 février 1828, développant cette même idée, s'exprime en ces termes : « Quoi de plus exorbitant, disons-mieux, quoi de plus injuste que ce recours pour la totalité de la créance, ouvert au tiers porteur contre les endosseurs précédents, si la transmission de la garantie hypothécaire assurait, dans tous les cas, un remboursement effectif et direct sur l'immeuble hypothéqué! Ce concours des deux garanties est tellement en dehors des besoins du crédit, que les législateurs de messidor an III, qui ne reculaient pas devant la mobilisation du sol pour fournir de nouveaux aliments aux spéculations commerciales, n'osèrent pas créer cette simultanéité de l'hypothèque et de la solidarité. »

Si l'on adopte cette opinion qui est aussi la mienne, si l'on admet que la lettre de change ne peut pas être garantie par un privilége ou par une hypothèque, nous sommes en droit d'opposer par cela même une fin de non-recevoir aux prétentions de nos adversaires; mais je veux être généreux envers eux (on est facilement généreux lorsque la générosité ne coûte rien, et surtout lorsque la générosité ne peut compromettre le succès

d'une cause), je veux leur accorder que la lettre de change ne s'oppose point par sa nature à la garantie résultant du privilége ou de l'hypothèque; je veux leur accorder aussi que l'article 1690 du Code Napoléon, que je trouve formel, est inapplicable à la question, et je ne demande qu'une seule chose à nos adversaires : « Prouvez, leur dis-je, que votre doctrine peut se concilier avec les principes qui régissent le système hypothécaire? » Je veux faire plus encore, je veux aller au-devant de cette preuve et établir juridiquement la preuve contraire, à savoir que la doctrine que je combats viole tous ces principes.

La purge, c'est-à-dire la faculté accordée au tiers acquéreur de débarrasser l'immeuble acquis de toutes les charges qui le grèvent en offrant aux créanciers du vendeur le choix entre l'acceptation du prix ou l'ouverture de nouvelles enchères, est assurément le principe le plus fondamental et en même temps le plus salutaire du régime hypothécaire; je dis le plus salutaire, car la propriété devient ainsi incommutable : eh bien! la purge est impossible, si l'on adopte le système de nos adversaires; en effet, le tiers acquéreur qui veut purger doit remplir plusieurs formalités : il doit d'abord notifier le prix d'acquisition aux créanciers, aux domiciles par eux élus dans leurs inscriptions; cette première formalité pourra être remplie, selon moi du moins; on connaît le domicile élu par le créancier originaire, et ses concessionnaires sont présumés avoir conservé ce domicile; je dois cependant faire remarquer que les intérêts du porteur actuel de la lettre de change seront singulièrement compromis; en effet, cette notification a pour but de mettre le créancier à même de surenchérir, s'il croit le prix d'acquisition inférieur à la valeur réelle de l'immeuble; or cette notification sera faite, dans notre espèce, au créancier originaire qui n'a plus intérêt à surenchérir, qui, le voulût-il, ne pourrait surenchérir, car il n'a plus entre ses mains le titre de la créance, tandis que le porteur de la lettre de change étant inconnu et n'ayant pu avoir aucune connaissance de cette notification, ne pourra surenchérir et verra souvent sa créance compromise en tout ou en partie, si l'immeuble est vendu à vil prix.

C'est là un inconvénient, un danger que présente le système que je combats. Voici maintenant une impossibilité apportée à la facilité de purger : aux termes de l'article 2183-3°, le tiers

acquéreur doit joindre à l'acte de notification un tableau divisé en trois colonnes : la première indiquant la date des hypothèques; la deuxième, les noms des créanciers (et j'ajoute qu'il ne peut s'agir que des créanciers actuels; je vais, du reste, le prouver); la troisième, le montant des créances. Mais puisque le porteur actuel de la lettre de change ne peut être connu légalement, comment remplira-t-on la deuxième colonne qui doit indiquer le nom des créanciers? Nos adversaires ne seront pas embarrassés, ils trouveront la deuxième colonne inutile et, de leur autorité privée, ils la supprimeront; peu importe pour les autres créanciers, diront-ils, que tels créanciers s'appellent Pierre ou Paul, ce qu'il leur importe de connaître, c'est la date des hypothèques et le montant de chaque créance, afin de savoir quelle somme doit être prélevée avant eux et d'examiner ainsi s'ils seront colloqués en rang utile, auquel cas ils n'ont aucun intérêt à surenchérir. Chose étrange! cette colonne que l'on propose de supprimer comme inutile est la seule nécessaire, indispensable; on eût pu, à la rigueur, ne pas exiger l'indication de la date des hypothèques et du montant des créances; chaque créancier pouvait obtenir ces renseignements au bureau de la conservation des hypothèques; mais ce qu'il ne pouvait pas apprendre à ce bureau, et ce qu'il était dès lors important de lui faire connaître, c'était le nom de *créanciers actuels*; je dis qu'il n'aurait pas toujours pu obtenir ce renseignement au bureau de la conservation des hypothèques, où le nom du créancier *originaire* pouvait seul figurer. Mais dans quel but, dans quel intérêt? L'intérêt est *certain*, bien qu'il n'ait pas été aperçu par tous les auteurs; le créancier *actuel*, premier créancier hypothécaire, je suppose, peut être débiteur de son débiteur, de telle sorte que les autres créanciers ont intérêt à le connaître, afin de pouvoir lui opposer la compensation et se débarrasser ainsi d'une hypothèque qui leur était préférable; je vous signale cet intérêt, il n'est pas le seul, croyez-le bien : ainsi il importe de connaître le créancier actuel, afin de prévenir certaines fraudes, certaines collusions.

Nos adversaires ne peuvent satisfaire aux exigences de l'article 2183-3°; ils ne peuvent dresser ce tableau, puisqu'ils ignorent le nom du porteur de la lettre de change; dès lors la purge est impossible. En vain nos adversaires, pour parer à cet inconvénient, proposeraient-ils d'astreindre les cession-

naires par endossement à prendre une inscription, une pareille obligation ne pourrait leur être imposée qu'en vertu d'un texte de loi, et ce texte n'existe pas; il y a plus : l'article 2152 n'accorde le droit de prendre inscription qu'aux cessionnaires par acte authentique. Et que l'on n'équivoque plus sur le mot *changer* au lieu du mot *prendre* que l'on trouve dans l'article 2152, le législateur a voulu sauvegarder la responsabilité du conservateur des hypothèques, aussi bien au cas de prise d'inscription qu'au cas de changement d'inscription; il a exigé un acte authentique afin de prévenir des faux, si la raison est la même dans les deux cas, et la décision est par suite la même.

La doctrine que nous repoussons met le tiers acquéreur dans l'impossibilité de purger; ce n'est pas tout encore : les mêmes difficultés qui s'élèvent pour la purge s'élèvent pour le payement; d'une part il y a contradiction entre le droit qu'a le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué de payer avant le terme, et le droit qu'a le porteur de la lettre de change de n'être payé qu'à l'échéance; lequel de ces deux droits devra prévaloir? Aucun texte ne le décide, et, pour résoudre cette difficulté, nos adversaires devront nécessairement s'ériger en législateurs. Mais supposons même que cette difficulté soit aplanie, et que le tiers acquéreur puisse payer par anticipation, le payement ne pourra pas être effectué; car, d'une part, le payement ne pourra être fait entre les mains du porteur de la lettre de change, puisque ce porteur est inconnu, et, d'autre part, le payement ne peut être effectué entre les mains du créancier primitif, puisque tout payement fait à tout autre qu'au porteur de la lettre de change est radicalement nul.

Nos adversaires diront peut être : on consignera; mais la consignation n'est pas possible, car elle ne peut avoir lieu qu'après une signification faite au créancier, et ce créancier est inconnu.

Ainsi donc, le tiers acquéreur ne pourrait pas faire les notifications pour la purge, il ne pourrait pas faire valablement un payement total et à plus forte raison un payement partiel; en d'autres termes, la purge serait impossible si l'on adopte le système de nos adversaires, or ce résultat inadmissible suffit pour faire repousser une pareille doctrine.

Parlerai-je maintenant des fraudes auxquelles donne naissance ce système, de la facilité de soustraire à une saisie-arrêt,

par une antidate, les lettres de change, gages de ses créanciers; de la position malheureuse du débiteur qui aurait fait un payement partiel, même avant la négociation de la lettre de change, et qui, d'après un arrêt de la Cour de cassation, serait obligé de rembourser la somme entière au cessionnaire de bonne foi? Vous citerai-je le dispositif de cet arrêt et les réflexions dont le fait suivre l'éminent magistrat qui combat notre doctrine avec un grand acharnement, et qui, en présence de cet arrêt, est sur le point d'abandonner sa propre cause? « La Cour de cassation a jugé qu'un acquéreur qui avait payé 18,000 francs sur une créance hypothécaire de 78,000 francs devait rembourser au tiers porteur de la créance la totalité de la somme, bien qu'il produisît une quittance *authentique* de celle de 18,000 francs, délivrée par le cédant qui l'avait touchée avant la *cession*. »

« Cette décision, dit M. Troplong, est grave et féconde en conséquences, peut-être que la Cour de cassation n'en a pas entrevu toute la portée, car alors elle eût reculé devant une théorie qui peut porter la perturbation dans le régime hypothécaire..... Ce résultat est si dur et si injuste que l'esprit répugne à l'admettre, et je ne crois pas que la loi veuille le consacrer. »

Quel aveu précieux! nos adversaires eux-mêmes reculent devant les conséquences de leur propre système et les renient.

Je disais en commençant que ce même système que je combats conduisait à la mobilisation du sol et au rétablissement des cédules hypothécaires, c'était alors une simple affirmation; en voici maintenant la preuve et la justification : si le privilége et l'hypothèque peuvent, en qualité d'accessoires de la créance, être transmis par voie d'endossement, les clauses pénales, l'action résolutoire, accessoires aussi de la créance, pourront être transmises par la même voie; or l'action résolutoire, ayant pour but de faire considérer une aliénation comme non avenue, transférant le moyen d'acquérir la propriété d'un objet, d'un immeuble par exemple, est le germe de la propriété, de telle sorte que la transmission de l'action résolutoire équivaut à la transmission de la propriété elle-même, et que la cession de l'action résolutoire par suite d'un simple endossement équivaut à la cession de la propriété par la même voie.

Quant aux cédules hypothécaires, elles consistaient dans la

faculté accordée à tout propriétaire d'immeuble d'émettre des billets jusqu'à due concurrence de la valeur des trois quarts de l'immeuble, billets garantis par une hypothèque sur cet immeuble dont le conservateur devait contrôler la valeur réelle; or, je le demande, en quoi des lettres de change garanties par une hypothèque cessible par endossement différeraient-elles des anciennes cédules hypothécaires? Est-ce en ce qu'elles échapperaient au contrôle du conservateur des hypothèques? Mais alors elles seraient plus dangereuses, puisqu'elles offriraient une garantie de moins.

Est-ce en ce que ces billets, au lieu d'être créés par l'emprunteur avant même qu'un prêteur se soit présenté, doivent être préalablement acceptés par le prêteur, et que l'acceptation de celui-ci est une garantie suffisante de la solidité et de l'utilité de l'hypothèque? Mais celui qui voudra taxer lui-même ses biens trouvera facilement des amis complaisants, qui, lui étant dévoués, seront censés avoir prêté la somme et qui transmettront ces billets à d'autres prêteurs sérieux, de telle sorte que le système que nous combattons ne présente sur le système des cédules hypothécaires de l'an III qu'une garantie trompeuse et hypocrite. Si le système de nos adversaires présente d'immenses dangers, présente-t-il au moins de grands avantages? favorise-t-il le commerce? favorise-t-il l'agriculture? Nous entrons ici dans une nouvelle phase de la discussion; eh bien! je ne crains pas de le dire, ce système anéantirait le commerce qu'il veut protéger, et porterait un coup mortel à l'agriculture.

En effet, de deux choses l'une : ou la garantie hypothécaire attachée à la lettre de change ne serait pas prise en considération par l'accepteur de cette lettre, et dans ce cas ce serait une garantie inutile et superflue; ou cette garantie hypothécaire serait la cause déterminante de l'acceptation de la lettre de change, et alors on verrait le crédit foncier se substituer au crédit personnel; l'honneur, la probité du commerçant, son aptitude au négoce, toutes choses qui constituent aujourd'hui le crédit en même temps qu'elles composent le patrimoine du commerçant, ne seraient plus que des considérations mesquines et secondaires. Serait-ce un bien? Qui oserait le soutenir? Ne savons-nous pas en effet, et c'est une triste vérité, que bien des gens ne sont probes et vertueux que parce que leur pro-

bité et leur vertu leur rapportent; dès le moment où vous proclamez que l'honneur et la probité ne sont plus la base du crédit, craignez que la probité ne devienne plus rare. Ce n'est pas tout encore : en substituant le crédit foncier au crédit personnel, vous tuez le petit commerce, car les petits commerçants, dont toute la fortune consiste souvent dans le fonds même qu'ils exploitent, n'ont point d'immeubles sur lesquels puisse s'asseoir leur crédit. Et en tuant le petit commerce, vous tuez par cela même le grand commerce qui ne peut vivre qu'autant que les petits commerçants fassent écouler leurs marchandises; en outre, vous apportez dans la négociation des affaires commerciales des lenteurs qui sont préjudiciables au commerce, puisque le commerçant qui acceptera une lettre de change, en considération des garanties hypothécaires dont elle sera munie, devra se renseigner sur la réalité de ces garanties, sous peine de devenir dupe des garanties illusoires.

Croyez-vous même que le commerçant pourra, avec toutes les précautions possibles, se mettre en garde contre des fraudes qui ne pourraient pas se produire, si l'hypothèque n'était pas cessible par voie d'endossement? Non, et permettez-moi de citer un exemple très-curieux et qui prouve à quelles fraudes pourrait être exposé le commerçant le plus prudent :

Deux fripons, que j'appellerai Pierre et Paul, s'entendent pour extorquer une somme de 100,000 francs (cette hypothèse n'est malheureusement pas invraisemblable). Pierre vend à Paul une maison de 4,000 francs et déclare, dans le contrat de vente, accepter en guise de payement des lettres de change souscrites par Paul et garanties par son privilége de vendeur (rien de plus licite jusqu'à présent); mais voici l'endroit où commence la fraude :

Paul, acquéreur fictif et insolvable, souscrit au profit de Pierre, non pas quatre, mais cent lettres de change de 1,000 fr. chacune, et sur chaque lettre il est mentionné que le payement en est assuré par un privilége de vendeur. On négocie ensuite en différents lieux ces lettres de change. Le commerçant à qui l'on en présente une seule, ne pouvant pas présumer que l'acquéreur en ait souscrit un très-grand nombre, s'assure de la valeur de la maison, de la validité du privilége, et accepte, après avoir recueilli les meilleurs renseignements à cet égard.

Arrive l'échéance : les cent porteurs d'une lettre de change de 1,000 francs se présentent et se partagent... quoi? 4,000 francs moins les frais; et la farce est jouée, car ces deux fripons se sont enfuis en Belgique. Ainsi donc, le système de nos adversaires, bien loin de protéger le commerce, l'anéantit en bannissant la bonne foi qui lui est si nécessaire.

L'agriculture sera-t-elle au moins protégée? Non; l'agriculture peut maintenant emprunter assez facilement pour les besoins de son exploitation, sans payer même les intérêts si élevés et si ruineux que l'on a l'habitude d'exiger dans le commerce; d'ailleurs la Société du crédit foncier n'a-t-elle pas été créée pour lui venir en aide? Croyez-vous enfin qu'un agriculteur consentira à ce que l'hypothèque qu'il a consentie soit connue d'un nombre considérable de personnes entre les mains desquelles peut circuler la lettre de change dont elle garantirait le payement? L'agriculteur laborieux et honnête ne voudrait pas faire connaître ainsi la gêne momentanée dans laquelle il pourrait se trouver. Cette facilité de réaliser immédiatement son avoir immobilier en souscrivant des lettres de change contre le versement de numéraire, à qui profiterait-elle? A ces agriculteurs impatients de s'enrichir, qui, dans l'espoir d'augmenter leur patrimoine, réaliseraient une partie de leur fortune immobilière pour la risquer aux chances d'un jeu effréné, et qui, déçus bientôt dans leur espoir, seraient incapables de se vouer à une vie laborieuse et à un travail obstiné, en présence de la facilité avec laquelle, de nos jours, s'élève et s'abaisse le niveau des fortunes fondées sur la spéculation.

Ainsi donc, en facilitant les prêts sur valeurs immobilières au moyen de la création de lettres de change, vous apportez un nouvel aliment à la spéculation, et vous délaissez l'agriculture qu'un de nos poëtes aimé du public vient de réhabiliter, et au sein de laquelle il a voulu montrer le seul et véritable bonheur; je ne veux pas me rendre solidaire de cette exagération; mais il m'est permis tout au moins d'affirmer que la prospérité de l'agriculture est une des premières conditions de la prospérité d'un É at.

Inconciliable avec notre législation positive, le système que nous combattons est contraire aux principes les plus élémentaires d'économie politique, et dès lors il devrait être repoussé même au point de vue théorique; aussi lorsqu'en 1841 on éla-

borait le projet de loi sur la réforme hypothécaire, presque toutes les Cours, presque toutes les Facultés de droit représentèrent-elles les dangers de la transmissibilité du privilége par voie d'endossement.

Espérons que la Cour suprême, qui sait résister à toutes les passions et à tous les entraînements du jour, et dont toutes les décisions sont empreintes du culte de la vérité et de l'amour du droit, n'hésitera plus, lorsque la question lui sera de nouveau soumise, à consacrer notre doctrine et à refuser à l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre l'effet de transférer, en même temps que la créance, le privilége ou l'hypothèque qui la garantit. BUCQUOY.

DU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

Par M. Jousset, docteur en droit, juge au tribunal civil de Laval.

Une pétition a été récemment adressée au Sénat pour demander que les biens meubles fussent exclus de la communauté légale comme les immeubles; c'était vouloir que la communauté réduite aux acquêts devînt en France le régime de droit commun. Cette pétition n'a pas été accueillie favorablement [1]. Le Code Napoléon est sorti tellement fort des épreuves d'un demi-siècle, que le législateur hésitera longtemps encore avant d'entreprendre des modifications de détail, qui ne sont pas réclamées par l'opinion publique. Mais s'ensuit-il que les règles concernant l'actif et le passif de la communauté légale soient à l'abri de tout reproche, et que le régime de droit commun adopté par le Code Napoléon doive rester immuable, comme ce qui est éternellement juste et vrai? Assurément, non.

Les rédacteurs du Code Napoléon ont pris pour modèle du régime légal la communauté coutumière des coutumes d'Orléans et de Paris. L'actif de cette communauté se composait 1° de tous les biens meubles présents et à venir des époux,

[1] *Moniteur* du 20 mars 1864.

2° des fruits des propres, 3° de tous les immeubles advenus aux époux pendant le mariage, à l'exception des propres de succession et des immeubles donnés par des ascendants. Les propres de succession devant retourner à la ligne d'où ils étaient venus, il avait été nécessaire de les exclure de la communauté ; il en était de même pour les immeubles donnés par des ascendants : ces immeubles, étant réputés propres comme advenus par succession anticipée, devaient être rapportés à la succession du donateur. En un mot, dans la communauté coutumière des coutumes d'Orléans et de Paris, étaient considérés comme propres de communauté les propres de succession et les immeubles acquis antérieurement au mariage. Mais les immeubles donnés pendant le mariage par d'autres que des ascendants, par un parent collatéral ou un étranger, étaient conquêts de communauté, tout aussi bien que les immeubles acquis durant le mariage à titre onéreux (Pothier, *Introd. au titre de la cout. d'Orléans*, chap. 1er, art. 1er; — Ferrières, *Cout. de Paris*, t. II, p. 3, sur l'article ccxx).

Le Code Napoléon a conservé la distinction des meubles e des immeubles. L'actif de la communauté légale comprend aujourd'hui les meubles présents et à venir des époux et les fruits des propres, mais tous les immeubles acquis pendant le mariage autrement qu'à titre onéreux en sont exclus ; de telle sorte qu'un immeuble donné pendant le mariage à l'un des époux par un parent collatéral ou un étranger ne tombe plus dans la communauté légale. Dans la législation nouvelle, les propres de succession ont disparu, et c'est le titre, la nature de l'acquisition, et non plus le caractère de propre de succession, qui donne aujourd'hui aux immeubles acquis durant le mariage la qualité de propre ou de conquêt de communauté (art. 1401 C. Nap.).

Quant au passif de la communauté légale, les règles du droit ancien sont restées celles du droit nouveau. La communauté légale du Code Napoléon est grevée identiquement des mêmes dettes que la communauté coutumière des coutumes d'Orléans et de Paris. Elle se compose passivement 1° des dettes mobilières antérieures au mariage, 2° des dettes contractées pendant la durée de la communauté par le mari seul ou par la femme, du consentement exprès ou tacite du mari ; 3° des dettes des successions ou donations purement mobilières, et, en cas de

successions ou de donations, partie mobilières et partie immobilières, d'une quote-part de toutes les dettes proportionnelles à la valeur des meubles; 4° des charges qui se payent avec les revenus; 5° des frais de compte, partage et liquidation de la communauté (Pothier, *Introduct. au titre X de la cout. d'Orléans*, chap, 1er, art. 2, art. 1409 C. Nap.).

Que les époux soient libres de régler, suivant leur volonté, les conditions pécuniaires de leur association et de courir, comme ils l'entendent, les chances de la bonne et de la mauvaise fortune. Rien de mieux. Mais, à défaut de conventions, la loi présume que les parties ont fait une stipulation tacite. Cette présomption peut-elle être complétement arbitraire? Ne doit-elle pas, au contraire, être fondée sur la raison, sur la vraisemblance, sur ce qui se passe communément? En un mot, ceux qui se marient sans convention ne doivent-ils pas être considérés comme étant implicitement convenus de tout ce dont il est usage de convenir, suivant la maxime rappelée par Pothier, *in contractibus veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis in regione?*

La communauté, suivant l'expression de Lebrun, c'est la coutume de la France; elle est dans les mœurs au moins depuis le moyen âge, et, comme on l'a dit dans l'exposé des motifs du titre 5 du Code Napoléon, l'union des personnes conduit naturellement à l'union des biens, et de la communauté des travaux doit résulter la communauté des bénéfices. Ainsi donc, il est logique de supposer que les époux mariés sans contrat de mariage ont entendu adopter le régime de la communauté. Mais quelles seront les limites de cette communauté? La règle est que pour les fixer il faut s'attacher à l'intention présumée des parties, et, pour connaître cette intention, on doit naturellement observer ce qui est en usage. Or, de l'aveu de tout le monde, le plus communément, aujourd'hui, les époux adoptent le régime de la communauté réduite aux acquêts, c'est-à-dire qu'ils confondent leurs revenus pour les consacrer aux besoins du ménage, et qu'ils mettent en commun uniquement le produit de leurs travaux et de leurs économies.

Dans les coutumes d'Orléans et de Paris, on allait un peu plus loin. On considérait les meubles comme dépourvus d'importance. *Mobilium vilis possessio*, disait-on. Le prêt à intérêt était défendu, les rentes constituées étaient immeubles, même

quand elles étaient devenues exigibles, comme en cas de faillite, et l'on redoutait les inventaires et les récolements. Sous l'empire de ces habitudes, le législateur, dans le silence des parties, supposait naturellement que celles-ci, en se mariant, avaient entendu mettre en commun leurs meubles dépourvus de valeur et consistant uniquement en meubles meublants. L'exclusion des immeubles acquis antérieurement au mariage, ainsi que l'exclusion des propres, sauvegardait suffisamment les droits des familles. Les dettes mobilières étaient considérées comme une charge de l'actif mobilier et tombaient dans la communauté suivant l'adage : « Là où va l'actif mobilier, là va le passif mobilier. » Dans le très-ancien droit français, on suivait même ce principe pour déterminer comment devaient être supportées les dettes grevant des successions. On avait cessé de l'appliquer en cette matière, mais on avait consacré la règle pour la formation de l'actif et du passif de la communauté, en ce qui concernait les dettes et les créances antérieures au mariage. La communauté, disait-on, ne prend pas les immeubles acquis antérieurement au mariage, ce sont les biens les plus importants; elle ne doit pas être tenue des dettes immobilières qui sont les charges les plus lourdes; mais elle prend le mobilier, qui est peu de chose; elle doit payer les dettes mobilières, qui sont les petites dettes. Par précaution, quand un mineur qui se mariait *de suo*, c'est-à-dire sans être doté par ses parents, avait plus du tiers de ses biens en mobilier, ce qui dépassait le tiers était de droit réservé propre. Il y avait entre les différentes parties de ce système une corrélation des plus logiques, et, de plus, tout y était en harmonie avec les mœurs et les habitudes.

Aujourd'hui, la richesse mobilière a pris un énorme développement qui s'accroît encore. Le résultat est acquis, et les plus hauts fonctionnaires de l'État l'ont proclamé récemment dans des discussions solennelles. Depuis longtemps, le prêt à intérêt n'est plus défendu. Tout le monde, même dans le for intérieur, reconnaissant l'utilité qu'on tire de l'usage de l'argent, admet la légitimité de l'intérêt. Chaque jour, l'épargne est sollicitée pour des emprunts ou la création d'industries nouvelles. Il y a dix-neuf milliards de valeurs cotées à la Bourse. Les rentes sur l'État, les actions ou les obligations des crédits, des chemins de fer, des messageries, des canaux, des assurances, des mines,

des fonderies, des entrepôts, etc., sont réparties et divisées entre des millions de propriétaires, et s'il est une vérité, dans le temps présent, c'est que la maxime *mobilium vilis possessio* a cessé d'être vraie.

D'un autre côté, depuis que les rentes constituées ne sont plus immeubles, toutes les dettes sont devenues mobilières. Où trouver aujourd'hui une dette immobilière? Autrefois, outre les rentes, on donnait pour exemple la dette de l'un des époux qui s'était obligé à transférer la propriété d'un immeuble. Un époux avait vendu un immeuble; au jour du mariage, il n'en avait pas transféré la propriété. Une fois marié sous le régime de la communauté légale, il restait seul tenu d'acquitter sa dette. Il en était de même si, dans les mêmes conditions, il avait promis d'établir un droit réel sur un de ses immeubles. Aujourd'hui, lorsqu'on vend un immeuble ou lorsque l'on déclare vouloir établir un droit réel, la propriété se trouve transférée et le droit réel établi par l'effet même de la convention, de telle sorte que le tiers ne devient pas créancier, mais bien propriétaire. Pour trouver une dette immobilière, il faut supposer que l'un des époux avait promis de transférer la propriété d'un immeuble indéterminé, d'un certain nombre d'hectares de bois ou de terre, par exemple, et qu'il donne en payement des champs ou des bois lui appartenant, ou encore, que l'un des époux ayant vendu un immeuble appartenant à autrui devient héritier ou légataire du propriétaire de l'immeuble précédemment vendu par lui. Dans ces deux cas, les obligations ne se résumant pas dans la nécessité de faire la dépense d'une somme d'argent sont immobilières. Mais ce ne sont pas là des stipulations usuelles; ce sont des conventions inventées pour les besoins de la théorie.

En résumé, la richesse mobilière s'est considérablement augmentée et les dettes immobilières ont disparu. Autrefois on disait : « Le mobilier est peu de chose, les dettes mobilières « sont sans importance, les immeubles sont les biens ayant le « plus de valeur, les dettes immobilières sont les charges les « plus lourdes; on doit supposer que les époux mariés sans « contrat ont entendu que leur actif et leur passif mobilier tom- « beraient dans la communauté et que les immeubles en se- « raient exclus ainsi que les dettes immobilières. » C'était presque la communauté réduite aux acquêts. Aujourd'hui le

mobilier a souvent une valeur considérable, les dettes mobilières sont les seules dettes, et si les immeubles sont restés les biens ayant habituellement le plus de valeur, les dettes immobilières ont complétement disparu. Malgré ces changements, par la force de la tradition, l'actif et le passif de la communauté légale sont, pour ainsi dire, restés sans aucune modification. On exclut de la communauté tous les immeubles, même ceux qui n'étant pas considérés comme des propres de succession en faisaient partie autrefois, et l'on range dans le passif de la communauté les dettes mobilières, c'est-à-dire toutes les dettes. Aussi quel a été le résultat d'un pareil état de choses? Le régime légal, qui devrait être le régime communément suivi, n'est adopté que par ceux qui, sans patrimoine au moment de leur mariage, n'ont pas d'intérêt à faire une convention particulière. Tout au moins, fallait-il, continuant le progrès déjà commencé, ne grever la communauté que d'une quote-part des dettes proportionnelles à la valeur de l'actif mobilier. Sans doute, la société entre époux a un caractère particulier, ce n'est pas une société ordinaire ayant pour but d'obtenir des bénéfices. Mais la communauté se dissout avec le mariage et quelquefois pendant le mariage. Alors se trouvent en présence des intérêts également respectables, soit qu'il s'agisse des deux époux, du survivant, des enfants ou de la famille du prédécédé. Ces intérêts sont-ils sauvegardés par le régime de droit commun? Non, les principes qui régissent la communauté ont pour base une situation économique, des faits et des habitudes qui ont disparu. La législation est restée sans changement, au milieu des transformations de la société, de telle façon que la loi actuelle, en contractant aux lieu et place de ceux qui se marient sans conventions, présume que ceux-ci ont entendu faire des stipulations contraires à toute supposition raisonnable.

La législation actuelle a cependant trouvé des défenseurs. Les immeubles, dit-on, ont un caractère de permanence et d'identité qui permet aisément de les reconnaître et de les classer parmi les propres. Les meubles, au contraire, ont un caractère de mobilité tel, que la recherche de leur origine exige des garanties et des précautions toutes spéciales, et que la loi a dû admettre à leur égard, comme règle générale, que la possession valait titre (art. 2279 C. Nap.). A cause de

cette maxime, la communauté légale a dû être organisée conformément aux faits de possession. D'ailleurs, ceux qui se marient sans contrat sont presque toujours des personnes peu aisées, pour lesquelles les réserves qu'on regrette de ne pas trouver dans la loi auraient été inutiles, et, au surplus, c'est aux époux à se conformer à l'usage général, en faisant un contrat de mariage.

A mon avis, il n'existe aucune corrélation entre l'article 2279 du Code Napoléon et l'article 1401 du même Code. Les preuves abondent à l'appui de cette opinion. En effet, il est de jurisprudence que l'article 2279 s'applique seulement aux meubles corporels et à ceux des meubles incorporels, dont la propriété peut se transmettre par la tradition manuelle, c'est-à-dire aux effets au porteur (Cour de cassat., rejet, 4 mai 1836; Cass., 11 mars 1839 et 14 août 1840). Les autres meubles incorporels ne circulent pas sans que les acheteurs aient l'habitude de se faire mettre en possession d'une autre façon que verbalement, et, du reste, quand un titre de créance indique le nom du propriétaire, il est naturel que la détention matérielle du titre ne puisse pas être invoquée comme faisant preuve de la propriété de la créance. Il n'est donc pas vrai de dire que tous les meubles tombent dans la communauté à cause de la maxime « en fait de meubles possession vaut titre, » puisque la transmission des immeubles incorporels, les effets au porteur exceptés, est régie par des règles autres que celles de l'article 2279. Pour tous les immeubles incorporels, à l'exception des effets au porteur, le titre n'indique-t-il pas le nom du propriétaire? Où est la difficulté de rechercher leur origine? N'est-il pas aisé de les reconnaître et de les classer parmi les propres aussi bien que les immeubles?

D'un autre côté, la communauté, par la célébration du mariage sans conventions, acquiert une universalité de meubles, et, dans l'ancien droit comme dans le nouveau, la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » n'a jamais été étendue aux acquisitions d'universalités de meubles.

Enfin, l'article 2279 ne doit pas être pris à la lettre. Il ne dit pas tout ce que la loi veut dire. Il signifie, non-seulement que le possesseur d'un meuble est supposé le posséder à juste titre et par conséquent de bonne foi, mais encore que la possession de bonne foi exclut la revendication des tiers, si ce

n'est dans les cas de perte ou de vol. Ainsi, si la chose que vous possédez n'a été ni volée ni perdue, la possession vaut titre, non pas seulement en ce sens que vous serez réputé posséder en vertu d'un titre et être de bonne foi ; mais encore que si l'on ne prouve pas votre mauvaise foi, un instant de possession de bonne foi vous aura rendu propriétaire. Mais celui qui possède sciemment la chose d'autrui ne peut pas invoquer la maxime « en fait de meubles possession vaut titre ; » pendant trente ans il restera soumis à la revendication. L'article 1141 du Code Napoléon contient l'application de ce principe. Or, abstraction faite de l'article 1401, la communauté, qui détient les meubles des époux, est un possesseur de mauvaise foi, et, sans les dispositions législatives qui régissent d'une façon expresse la composition de la communauté légale, personne ne soutiendrait que les meubles des deux époux dussent tomber dans la communauté, en vertu de la maxime « en fait de meubles possession vaut titre. » La cause de la rédaction de l'article 1401 a été la force de la tradition, et non le principe de l'article 2279, principe qui ne s'applique qu'à certains meubles et qui est né de l'usage de ne pas constater par écrit la translation de propriété du mobilier susceptible de possession corporelle.

Est-il plus juste de dire que c'est aux époux à faire un contrat de mariage, et que ceux qui se marient sans contrat sont presque toujours des personnes qui n'ayant rien ne peuvent pas éprouver de préjudice?

Il arrive parfois que les époux ont fait un contrat de mariage et que, ce contrat étant annulé, ils se trouvent malgré eux mariés sous le régime de la communauté légale. Un contrat de mariage peut être annulé pour un vice de forme ou pour incapacité de l'officier public; il peut être annulé s'il a été passé en l'absence de l'un des époux, bien que le père de l'époux absent se soit porté fort pour lui, avec promesse de ratification, ou si l'un des futurs, mineur, n'a pas été assisté des personnes dont la loi exige la présence et le consentement. Ces nullités, étant d'ordre public, peuvent être invoquées par des tiers; elles enlèvent au prétendu contrat son existence légale, et ne peuvent être couvertes que par une ratification postérieure au mariage. La nullité, une fois prononcée, la loi supplée à l'absence de convention, en soumettant les époux au

régime de la communauté légale. Leur volonté ne sera pas exécutée, mais, au moins, faudra-t-il ne pas leur imposer un régime contraire à l'équité et pouvant porter atteinte à leurs intérêts. S'il existe un régime légal, comment ceux qui veulent simplement suivre l'usage sont-ils dans l'impossibilité de se marier sans contrat? Pourquoi les contraindre à faire un contrat de mariage? Dans quel but? Ceux qui se marient sans contrat, dit-on, sont des personnes peu aisées. Le fait est vrai, et c'est la meilleure critique de la loi, la démonstration des vices qu'elle renferme. On se marie sans contrat, par nécessité. La communauté légale, en effet, offre des dangers, même pour les personnes dénuées de ressources, puisque le mobilier, si important aujourd'hui, qu'elles peuvent recueillir dans une succession testamentaire ou *ab intestat*, est exposé à tomber dans la communauté, sans récompense.

Que faudrait-il donc faire? Suivre l'exemple de la coutume, consacrer l'usage, c'est-à-dire prendre, comme en Bavière, pour régime légal, la communauté réduite aux acquêts. La société d'acquêts dérive du droit romain, comme le régime dotal, dont elle formait un appendice dans certains pays de droit écrit, à Bordeaux notamment; dans les pays de coutume, elle avait un équivalent, la clause de réalisation, par laquelle les époux pouvaient exclure tout ou partie de leur mobilier présent et futur; en Normandie même, où la communauté était prohibée, on admettait une société d'acquêts restreinte aux immeubles et aux rentes acquis durant le mariage; et je m'étonne qu'au milieu des discussions si vives qui ont suivi la présentation du titre du Contrat de mariage, la communauté réduite aux acquêts n'ait pas été adoptée, par esprit de transaction, comme régime légal. Quoi qu'il en soit, le régime actuel de la communauté légale n'est plus en rapport avec l'état de la société, et la communauté réduite aux acquêts doit prendre sa place. Sans stipulations, le mobilier présent et futur des époux serait exclu de la communauté, qui resterait usufruitière des propres. La société se bornerait aux biens acquis durant le mariage; cependant les meubles corporels et les effets au porteur, dont l'existence avant le mariage ou la survenance par succession n'aurait pas été constatée, seraient réputés acquêts. A la dissolution de la communauté, chacun reprendrait ses apports, et le partage se bornerait aux acquêts faits par les époux

et provenant de l'industrie et des économies. La présomption légale cesserait ainsi d'être arbitraire, et riches, comme pauvres, trouveraient dans la loi une véritable protection pour leurs intérêts. JOUSSET.

DES CONCILES D'ORLÉANS,

CONSIDÉRÉS COMME SOURCE DU DROIT COUTUMIER ET COMME PRINCIPE DE LA CONSTITUTION DE L'ÉGLISE GAULOISE.

Par M. J.-Eugène Bimbenet.

SIXIÈME ARTICLE [1].

§ 8.

Après avoir pourvu à ce premier règlement, le concile s'occupe du règlement relatif à l'administration du territoire.

En employant cette expression nous voulons qualifier la partie du sol qui avait passé dans le domaine de l'Église ou qui devait y passer dans la suite des temps, et composait exclusivement le domaine de la nation, le clergé catholique reconnaissant n'en être que le dépositaire et l'usufruitier, ainsi que les canons du concile de 511 le démontrent avec la dernière évidence.

C'est ici le lieu d'établir quel fut le sort du sol gaulois après la conquête de la province romaine.

Déjà nous avons indiqué que les vainqueurs s'en partagèrent au moins des parties et qu'ils admirent à ce partage les évêchés et les monastères; le soin qu'ont pris les membres de l'épiscopat et les institutions monastiques, de faire remonter l'origine de la possession de leurs immenses richesses territoriales à la munificence du premier roi chrétien, atteste l'accord qui présida à la prise de possession du territoire, entre lui, ses compagnons et le clergé romain.

Cette prétention doit être, au moins, considérée comme l'expression d'une très-ancienne tradition.

[1] V. t. XXIV, p. 246.

En s'associant à la spoliation du domaine impérial, et même du domaine privé, les prélats qui n'avaient favorisé et accepté la conquête que comme le seul moyen qui restât de continuer l'empire, ne faisaient, en cela, que ce qu'ils croyaient nécessaire, et ce qui l'était, en effet, pour arriver à ce résultat. Il fallait qu'ils attirassent à eux la partie la plus considérable possible du territoire, afin de maintenir leur influence et leur autorité, et balancer, si même ils n'espéraient finir par les absorber, l'influence et l'autorité de la conquête franque.

Ceux qui ont reproché au clergé catholique d'avoir pactisé avec la barbarie, et par cette paction d'avoir trahi la cause nationale, ont perdu de vue, sans doute, la nationalité romaine de tous les ecclésiastiques de l'église gauloise[1], l'esprit dans lequel ils agissaient, le sentiment de protection dont ils étaient animés en présence des dangers que l'humanité et la civilisation couraient alors.

Les biens du clergé étaient les biens du peuple; et de même que lorsqu'on le voit régler avec le chef des vainqueurs : le droit d'asile, c'est-à-dire la partie la plus importante de la législation se référant à la liberté individuelle; le mariage, par la protection qu'il accorde au ravisseur et à la femme qui le suit volontairement, et en l'enfermant dans un cercle de degrés de parenté, au delà duquel il ne peut être contracté; la famille, par la protection qu'il donne au père en lui restituant la fille qui a voulu se soustraire à son autorité; l'honneur de la femme, par la protection qu'il lui donne contre la violence; l'agriculture, par l'obstacle qu'il oppose à l'empressement des populations d'entrer dans les ordres religieux; et enfin le sort et l'état des esclaves eux-mêmes, par la protection qu'il leur accorde contre leurs propres seigneurs, jusque-là leurs maîtres absolus, usant et abusant d'eux sans contrôle et sans responsabilité légale ou même morale; de même qu'on peut dire qu'il réglait, ainsi, *l'état des personnes*, tel que le comportaient les malheurs des temps, de même lorsqu'on le voit régler l'administration des biens de l'Église, on peut dire qu'il règle le sort et la destination du domaine des pauvres, c'est-à-dire, en se reportant à cette époque, du domaine public, la misère, la

[1] Montesquieu, au chapitre : que *les terres du partage des barbares ne payaient pas de tributs.*

spoliation et la servitude ayant atteint la plus grande partie des habitants de la Gaule, déjà préparés à cette extrémité par les événements antérieurs.

Il faut insister sur cette partie importante du sujet que nous traitons. Nous lisons dans Henri Martin (vol. Ier, p. 418) ce passage : « Le domaine impérial passa aux mains de Chlodovig « et de ses antrustions; on ignore entièrement si les Gallo-« Romains de ces contrées durent, en outre, céder aux Francs « une portion de leurs propriétés particulières; le silence de « la loi salique permet d'en douter; mais s'il n'y eut pas de « partage réguliér, les usurpations et les empiétements ne « manquaient sans doute point, et *les bénéficiaires Francs du-« rent être de terribles voisins pour les Gallo-Romains.* »

Ce passage n'est susceptible que d'une seule observation : la loi salique était une loi personnelle, et ce caractère démontre que les saliens ne croyaient pas avoir besoin d'une loi pour régler les rapports des habitants avec le sol. Ce sol était à leur discrétion en vertu d'une loi écrite dans l'histoire de tous les peuples, la loi du plus fort, et ici on peut dire du plus habile.

M. Guizot, se plaçant[1] en présence de la législation sous Charlemagne et Hugues-Capet, enseigne que « même à cette « époque, le trait essentiel, caractéristique de cette législation, « c'est qu'elle est personnelle et non territoriale; c'est-à-dire, « ajoute-t-il, que chaque peuple, chaque race a sa loi, et que, « partout où habitent les hommes de telle ou telle race, ils sui-« vent sa loi et non celle du territoire où ils habitent. — Les « Romains, dit-il encore, sont régis par la loi romaine, les « Francs par la loi salique. — La nationalité est inhérente à la « législation; dans la diversité des races et non dans celle des « lieux, réside le principe de la diversité des lois. »

S'il en était ainsi au IXe siècle, combien, à plus forte raison, devait-il en être ainsi au VIe? A quel autre temps le principe de la séparation des lois en lois personnelles et territoriales dut-il être plus rigoureusement observé?

Partout éclate le témoignage de cette indifférence des barbares pour une autorité universelle de leurs lois. Ce témoignage est rendu par Montesquieu et M. Guizot : « C'est un caractère

[1] 25e leçon (*Hist. de la civil.*).

« particulier de ces lois des barbares qu'elles ne furent pas « attachées à un certain territoire, dit le premier [1], et bien « loin que l'on songeât, dans ces temps-là, à rendre uniformes « les lois des peuples conquérants, on ne pensa même pas à « se faire législateur du peuple vaincu. »

« Au Ve siècle, dit M. Guizot [2], tout, en Gaule, était Romain; « le fait contraire accompagne la conquête barbare; les Ger- « mains laissent à la population vaincue ses lois, ses institu- « tions locales, sa langue, sa religion [3]; une invincible unité « marchait à la suite des Romains; ici la diversité s'établit par « le fait même et de l'aveu des conquérants. »

Et plus loin : « il faudra des siècles pour que la nation du « territoire l'emporte sur celle de la race, pour que la législa- « tion de personnelle redevienne réelle, pour qu'une nouvelle « unité nationale résulte de la fusion lente et laborieuse des « éléments divers. »

Ces autorités suffisent à la justification d'une proposition d'ailleurs au-dessus de toute controverse, et expliquent comment la loi salique ne dut pas parler des terres conquises qui ne devaient être réglementées par cette loi qu'au regard du nouveau possesseur et non au regard de l'ancien.

Une grande différence existe entre cette situation et celle que fit au territoire, dont ils s'emparèrent, la loi des Bourguignons; on sait que l'égalité la plus parfaite était établie par la loi Gombette entre le Bourguignon et le Romain. Montesquieu a donc raison de dire au chapitre 7 du livre XXX, intitulé *Différentes manières de partager les terres* : « Les empereurs ou, « sous leur nom, les magistrats romains firent des conventions « avec eux sur le partage du pays, comme on le voit dans les « chroniques et dans les Codes des Wisigoths et des Bourgui- « gnons. — Les Francs ne suivirent pas le même plan; on ne « trouve dans les lois ripuaire et salique aucune trace d'un tel « partage des terres; ils avaient conquis, ils prirent ce qu'ils « voulurent et ne firent de règlements qu'entre eux. »

[1] Au chapitre : que *les lois barbares furent toutes personnelles*, chap. 2, liv. XXVIII.

[2] T. Ier, p. 333, 11e leçon.

[3] Les Germains ont fait plus : ils ne se sont pas contentés de laisser aux Gaulois leur religion, ils l'ont adoptée, et cependant ils ont laissé leurs lois aux Gallo-Romains et ils ont gardé la leur.

Une autre raison explique pourquoi la loi des Bourguignons dut contenir ce que ne pouvait contenir la loi salique : la première avait un certain caractère territorial que n'avait pas l'autre; elle était moins essentiellement personnelle; et c'est, sans doute, ce qui fait dire à M. Guizot [1] : « Les rois « bourguignons sont ceux qui semblent avoir le plus complé- « tement hérité des empereurs et régné sur leur modèle; leur « législation continua d'être en vigueur après que les Bourgui- « gnons eurent passé sous le joug des Francs. »

Il suit de ce qui précède deux conséquences considérables :

La première, c'est que quand bien même la spoliation des terres gauloises, par les Francs, n'aurait été que partielle, elle ne s'est pas moins opérée dans une immense proportion. Si elle n'avait pas été le résultat d'une convention consacrée par une loi quelconque, elle aurait été le résultat d'un fait qui, sous l'empire du droit des gens de ces temps, avait tout le caractère de droit commun.

La seconde, c'est que si l'état des personnes et des biens fut réglé par un contrat contemporain de la prise de possession des Francs elle-même, avec les Gallo-Romains représentés par l'épiscopat dans un congrès national, c'est parce que le droit des gens, appliqué d'ailleurs très-rigoureusement par le vainqueur, aura subi une certaine altération par cet accord. Il est justifié, non-seulement par les textes, mais encore par toutes les circonstances qui entourèrent et protégèrent l'arrivée de nouveaux venus jusqu'aux bords de la Loire, et, notamment, par le fait de leur conversion au christianisme. Ainsi les relations entre les anciens possesseurs du sol et les nouveaux ne furent pas absolument celles qui existaient, à cette époque, entre un peuple vainqueur et un peuple vaincu.

La concession des bénéfices faite par le roi des Francs à l'épiscopat et aux institutions religieuses en général, et particulièrement celle qu'il fit à deux personnages, Euspicius et Maximinus, d'un territoire nommé *Mici*, situé à l'embouchure du Loiret, territoire qu'il s'était approprié pour se livrer au

[1] P. 305, t. Ier, 10e leçon.

A la page 201 du même volume, M. Guizot dit : La loi des Wisigoths et celle des Bourguignons sont bien plus romaines que barbares; les trois quarts de leurs dispositions tiennent à des faits qui n'ont pu naître que depuis l'établissement de ces peuples sur le sol romain.

Nous voyons sortir de ce texte un état de choses tout nouveau : il ne s'agit pas des oblations des fidèles faites à l'ombre de l'autel, dont la possession est subordonnée au bon vouloir, à la mansuétude, à la tolérance ou à la colère du prince ; il s'agit des dons du roi lui-même, non-seulement pour le présent, mais encore pour l'avenir ; non-seulement en valeurs numéraires ou en objets précieux, mais encore en terres ; les fruits des terres ont une destination arrêtée, déterminée par l'épiscopat, acceptée par le pouvoir souverain.

Ces terres seront *immunes*, c'est-à-dire franches et non imposables ; les membres du clergé qui les occuperont et dirigeront leur culture seront, comme elles, francs et *immunes*.

Les fruits que Dieu fera produire à ces champs ne serviront qu'à trois usages : à la réparation des églises construites et à l'édification de celles qui l'étaient chaque jour, comme on le verra bientôt, non plus sur une propriété privée, mais sur le domaine appartenant à la communauté des chrétiens ; à celles données à titre irrévocable, à la différence des bénéfices séculiers concédés alors à titre précaire, non transmissibles, même par voie héréditaire, sans la volonté spéciale du roi ; à la nourriture des prêtres et des pauvres, à la rédemption des captifs ; c'est-à-dire qu'ils auront une destination sacrée.

Qui pourrait, à ces signes, confondre ces biens avec ceux dont il s'agissait dans les canons des conciles antérieurs, et n'intéressant que l'association chrétienne ? L'*aliénation* d'une partie considérable du territoire destiné désormais à être divisé et subdivisé à l'infini entre les membres de la famille germanique, au profit du clergé catholique qui, à ce moment, lui était absolument étranger, est la marque la plus éclatante de la différence séparant les uns des autres.

Le cinquième canon ne s'en tient pas là ; il prononce une peine sévère contre les prélats qui apporteraient quelque négligence dans l'observance de ce qu'il prescrit ; que si quelque prêtre ne se montrait pas rempli de sollicitude et de dévouement pour l'exécution de ce canon, qu'il soit publiquement

tulerit, ipsorum agrorum vel clericorum immunitate concessa, id esse justissimum definimus ut in reparationibus ecclesiarum, alimoniis sacerdotum et pauperum, vel redemptionibus captivorum, quidquid Deus in fructibus dare dignatus fuerit expendatur, et clerici ad adjutorium ecclesiastici operis constringantur. »

couvert de confusion par les évêques ses comprovinciaux; et s'il n'était pas corrigé par ce châtiment, qu'il soit, jusqu'à ce qu'il ne commette plus la même faute, considéré comme indigne de la communion des frères [1].

Si ces dispositions n'étaient pas suffisantes pour justifier cette proposition : qu'il n'y a rien de commun entre les biens sur lesquels on avait statué précédemment et les biens sur lesquels on statuait alors, que ceux-ci étaient possédés à titre irrévocable, et que tel était le caractère des donations royales, et enfin qu'elles intéressaient l'universalité des Gallo-Romains; ce qui suit le démontrerait avec évidence.

Le sixième canon intitulé : On ne doit pas excommunier celui qui exerce une revendication contre l'evêque : *Eum qui ab episcopo aliquid repetit non excommunicandum,* est ainsi conçu : Si quelqu'un croyait devoir exercer une revendication contre l'évêque, soit du droit de l'Église, soit de son propre droit, et qu'il n'use ni de termes injurieux ni de fausses imputations, il ne peut, pour cette seule assignation, être privé de la communion de l'Église [2].

Le septième canon vient encore ajouter à la démonstration du caractère public de ces biens, en assurant à l'évêque leur libre disposition et en limitant le pouvoir royal lui-même dans l'exercice de sa prérogative d'accorder d'autres terres que celles qu'il a données ou qu'il donnerait, dans l'avenir, à l'Église. Ce canon est intitulé : Que les clercs ne s'adressent pas au roi sans l'autorisation de l'évêque : *Ut clerici sine commendatitiis episcopi sui, ad regem non accedant.* Il dispose en ces termes : qu'il ne soit pas permis aux abbés, aux prêtres ou à tout autre clerc, ou à ceux qui vivent en religion, sans l'approbation ou l'autorisation des évêques, de s'adresser *aux seigneurs* pour obtenir des bénéfices; que si quelqu'un était assez présomptueux pour le faire, qu'il soit privé de sa fonction et de la communion jus-

[1] « Quod si aliquis *sacerdotum* ad hanc curam, minus sollicitus ac devotus exstiterit, publicè à comprovincialibus episcopis confundatur. Quod si nec sub tali se confusione correxerit, donec emendet errorem communione fratrum habeatur indignus. »

[2] « Si quis ab episcopo, vel de ecclesiæ, vel de proprio jure, crediderit aliquid repetendum, si nihil convicii aut criminationis objecerit, eum pro sola *conventione* à communione ecclesiæ non liceat submoveri. »

qu'à ce que, par sa pénitence, l'évêque reçoive de lui pleine satisfaction [1].

Enfin le quatorzième canon intitulé : Des offrandes des fidèles : *De oblationibus fidelium*, évoquant les anciens canons qu'il renouvelle pour ce cas spécial, prescrit que les choses déposées en oblation sur l'autel, par les fidèles, appartiendront à l'évêque pour moitié, que l'autre moitié appartiendra au clergé pour être partagé entre chacun de ses membres, suivant leurs grades, les fonds immobiliers se conservant pour l'usage commun, sous l'autorité de l'évêque [2].

Fleury, confondant ce canon avec le quinzième, s'exprime ainsi : L'évêque a l'administration de tous les fonds appartenant à l'Église, soit qu'on les ait donnés à l'Église matrice [3] ou aux paroisses.

Et continuant l'analyse du quinzième canon, il ajoute : Mais pour les oblations qui se font à l'autel dans l'église cathédrale, il en a la moitié et le clergé l'autre ; dans les paroisses, il en a le tiers.

Cette analyse est conforme aux dispositions des deux canons dont il s'agit ici ; nous avons vu le texte du quatorzième, voyons celui du quinzième, intitulé : Des oblations qui sont faites dans les églises paroissiales : *De his (oblationibus) quæ in parochianis ecclesiis offeruntur*. En ce qui touche les oblations que chaque fidèle offre dans les paroisses en terres, vignes, domaines urbains ou en argent, les anciens canons seront observés, afin que tous ces immeubles restent dans la possession de l'évêque ; pour les oblations cependant qui seront déposées sur l'autel, la troisième partie en sera fidèlement remise aux évêques [4].

[1] « Abbatibus, presbyteris, omnique clero, vel in religionis professione viventibus, sine discutione vel commendatione episcoporum, pro petendis beneficiis ad dominos venire non liceat. Quod si quisquam præsumpserit, tamdiu loci sui honore et communione privetur, donec per pœnitentiam plenam ejus satisfactionem sacerdos accipiat. Antiquos canones relegentes priora statuta credidimus renovanda, ut de his quæ in altario oblatione fidelium conferuntur, medietatem sibi episcopus vindicet. »

[2] « Et medietatem dispensandam sibi secundum gradum clerus accipiat, prædiis de omni commoditate in episcoporum potestate durantibus. »

[3] « Ecclesia matrix : *cathedralis* » (Ducange).

[4] « De his quæ parochiis in terris, vineis, manciplis atque peculiis quicumque fideles obtulerint, antiquorum canonum statuta serventur, ut

Quelques réflexions sont nécessaires ici : le sixième canon ne permet pas seulement une réclamation produite dans l'intérêt général d'une église, il permet une réclamation produite dans un intérêt privé ; cette disposition détermine avec certitude la situation de l'évêque à l'égard des fidèles ; elle n'est autre que celle d'un mandataire à l'égard de ses mandants. Et lorsqu'on se représente l'autorité dont jouissaient alors les évêques, l'inconvénient qui devait frapper tous les esprits et résulter d'une action dont la conséquence nécessaire était de mettre en suspicion la bonne foi, la probité ou même la prudence d'un prélat, on s'étonne de la hardiesse de cette disposition canonique; la seule pensée d'une semblable disposition ne peut s'expliquer que par la nature des intérêts qu'elle veut sauvegarder.

Le septième canon comprend si bien la situation égalitaire de tous les habitants de chaque circonscription épiscopale, qu'il ne veut pas que qui que ce soit d'entre eux échappe à la loi commune, en obtenant, non pas seulement les bienfaits du roi, comme le pourrait faire supposer son titre, mais même ceux des seigneurs de la conquête, ainsi que l'atteste son propre texte : *Pro petendis beneficiis ad dominos venire non liceat.*

Le quatorzième garantit les fidèles des suites de l'administration de l'évêque en lui donnant une indemnité convenable, qui, lui assurant des moyens d'existence suffisants, lui permettent de ne rien s'approprier de la fortune de tous. Et il lui attribue la moitié des oblations faites sur l'autel par les fidèles : *Medietatem sibi episcopus vindicet;* l'autre moitié appartient au clergé, mais les immeubles forment toujours le fonds commun.

Tout cela concerne les oblations faites dans les églises de la résidence de l'évêque, dans les *églises matrices*, comme le fait observer Fleury; mais pour celles qui se font dans les églises paroissiales, en biens immeubles, elles restent encore le fond commun administré par l'évêque; et celles qui se déposent sur l'autel, c'est-à-dire d'objets mobiliers, comme bijoux, vases pour l'exercice du culte ou valeurs monétaires, l'évêque n'en aura plus la moitié, mais seulement le tiers.

Tous ces textes rapprochés les uns des autres, soumis à une

omnia in episcopi potestate consistant. De his tamen quæ in altario accesserint, tertia fideliter episcopis deferatur. »

copat et lui-même étaient, par les exemples des temps passés, autorisés à prévoir ce qui pouvait arriver plus tard; la tyrannie, il est vrai, ne respecte pas la loi; mais enfin, quand cette loi existe et lorsqu'elle est décrétée avec une telle solennité, on peut espérer qu'elle formera un obstacle sérieux à l'accomplissement des plus mauvais desseins. Et comme toute idée de justice et du droit ne disparaît jamais entièrement du sein des sociétés même les plus opprimées, l'Église avait raison de se faire délivrer un titre qu'elle pût opposer aux persécuteurs à venir.

Toutes ces dispositions sont couronnées par celles du vingt-troisième canon intitulé : Que la prescription n'ait pas lieu pour les terres de l'Église : *Ut in terris ecclesiasticis prescriptio locum non habeat;* il s'exprime ainsi : Si l'évêque, par une considération d'humanité, donne à cultiver ou à titre de concession de jouissance temporaire des vignes ou des parcelles de terre aux clercs ou aux moines, quand même on prouverait une possession de longue durée, l'Église n'en doit souffrir aucun dommage, et la prescription de la loi *séculière* ne mettra aucun obstacle aux droits de l'Église et ne pourra lui être opposée [1].

Ici quelques remarques sont nécessaires : ces canons sont si bien décrétés dans l'intérêt public, et non dans l'intérêt privé de l'épiscopat ou même de l'Église, que, d'une part, on prévoit la perpétuité de la possession, dans la forme décrétée par le concile, accusée par la prévision des possessions de la plus longue durée.

On ne veut pas, dans ce cas, que l'intérêt public en souffre, ce qui n'aurait certainement pas eu lieu si le domaine concédé l'avait été à des corporations bien faites pour se défendre, et s'il avait pu être aliéné par un mode quelconque au profit des tiers, ayant la prétention de séparer leur domaine du domaine commun.

La prescription, qu'on a appelée *la patronne du genre humain*, appartient à toutes les législations, à celles naissantes comme à celles arrivées à leur plus grande perfection; la loi

[1] « Si episcopus humanitatis intuitu vinculas, vel terrulas, clericis vel monachis præstiterit excolendas, vel pro tempore tenendas, etiamsi longa transisse annorum spatia comprobantur, nullum ecclesia præjudicium patiatur, nec sæculari lege præscriptio quæ ecclesiæ aliquid impediat opponatur. »

salique elle-même connaissait la prescription annale, ainsi que l'atteste son article 7 au chap. 7. Si quelqu'un, dit-elle, va demeurer dans un hameau auquel il est étranger, et qu'il y reste pendant une année sans contestation conforme à la loi, il doit être maintenu là, comme ses autres voisins, *si autem qui migraverit in villam*[1] *alienam, et ei quid infra* 12 *menses secundum legem contestatum non fuerit, securus ibidem consistat sicut et alii vicini.* Cet article est à rapprocher de cette autre coutume germaine attestée par les Commentaires de César[2] : Nul n'a de champ fixe et qui lui appartienne en propre; mais tous les ans le magistrat et les principaux du pays en assignent où il leur plaît à une communauté ou à une famille, à proportion des membres qui la composent; à *l'expiration de l'année* ils la font passer ailleurs. *Neque quisquam agri modum certum, aut fines proprios habet, sed magistratus ac principes in annos singulos, gentibus cognationibusque hominum qui una coierunt, quantum et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt.*

La loi romaine familière à l'épiscopat romain et qu'il a eu la noble ambition de conserver, connaissait un grand nombre de prescriptions à courtes et à longues échéances; car ce mode d'acquérir appartient surtout aux législations des peuples civilisés, chez lesquels elle est un moyen d'émulation pour acquérir et surtout pour conserver, par un travail persévérant.

Comment donc la tribu franque et l'épiscopat gallo-romain auraient-ils été conduits à modifier ainsi leurs lois s'il n'y avait pas eu, alors, une raison sociale qui les dominât? Tout le monde comprenait qu'en présence d'une situation nouvelle étrangère aux lois des deux peuples, il fallait convenir de conditions nouvelles d'existence; et alors la loi salique et la loi romaine ont été abandonnées devant cette impérieuse nécessité, toute relative qu'elle fût.

D'ailleurs cette mise en commun à perpétuité, bien qu'elle fût appliquée à l'existence des Gallo-Romains, ne pouvait paraître extraordinaire aux Germains; au contraire, elle leur paraissait toute naturelle, à eux chez qui on a remarqué la pro-

[1] « Villa, hodie non quomodo latini prædia rustica, sed complurium in agris mansionum vel ædium collectionem appellamus » (Ducange).

[2] Comment., liv. VI, § 22.

miscuité des biens comme une de leurs plus anciennes institutions.

La tribu seule était propriétaire, et il y a des vestiges très-apparents de cette communauté primitive dans les lois irlandaises et chez les anciens Bretons, nous dit Henri Martin [1].

Ce changement perpétuel et annal de terres et de résidence chez les anciens Germains, attesté par les Commentaires, confirmé par Tacite : *arva per annos mutant*, est certainement la conséquence nécessaire de la communauté du sol, et la prescription annale de la loi salique, appliquée à la seule habitation dans un hameau qui n'est pas celui de la fraction d'habitants à laquelle il appartient, démontre la persistance de cette coutume, même longtemps après la conquête de la Gaule.

Enfin, chez les Gaulois il était d'usage de mettre en commun les dépouilles de l'ennemi; et, chez un peuple qui ne faisait la guerre que pour le pillage, cette coutume est très-remarquable; César nous dit : Ils ont coutume de faire le vœu de consacrer à Mars les dépouilles de l'ennemi; et après la victoire ils lui sacrifient le bétail qu'ils ont pris; le reste est déposé dans un lieu destiné à le recevoir, et l'on voit dans plusieurs villes de ces monceaux entassés dans des lieux consacrés; il arrive rarement qu'au mépris de ce serment quelqu'un cache le butin qu'il a fait, ou ose dérober quoi que ce soit de ce qui a été mis en dépôt; les châtiments les plus cruels sont attachés à un pareil crime : *Huic* (le dieu Mars), *cum prœlio dimicare constituerunt ea quæ bello ceperint, plerumque devovent. — Multis in civitatibus harum rerum exstructos tumulos locis consecratis conspicari licet; neque sæpe accedit, ut, neglecta quispiam religione, aut capta apud se occultare, aut posita tollere auderet: gravissimumque ei rei supplicium cum cruciatu constitutum est* [2].

La loi du concile de 511 devait donc paraître toute naturelle aux Francs, et il est tout simple qu'elle ait été concédée par eux aux Gallo-Romains. Mais il ne paraît pas aussi simple que ceux-ci l'aient acceptée; et il est impossible de ne pas voir dans ce nouveau mode de la jouissance du sol un premier pas fait par l'élément gaulois dans la voie de l'abandon de la loi ro-

[1] Vol. Ier, p. 48.
[2] Comment., liv. VI, § 17.

maine, pour s'engager dans celle de l'acceptation des coutumes germaniques.

C'est ainsi que la destinée du peuple Gallo-Romain a été réglée dans cette grande et solennelle assemblée; si nous ne nous abusons, nous avons tenu l'engagement pris par notre programme, et restitué à cet acte et son véritable caractère et son importance méconnus jusqu'ici.

C'est bien *un traité*, comme le dit M. Henri Martin, *intervenu entre les deux puissances qui se partageaient la Gaule;* ce sont bien *les ménagements* que les Francs eurent à l'égard des Gaulois tant qu'ils eurent *intérêt à les ménager*, et qu'ils diminuèrent à mesure que cet intérêt diminuait. Ménagements déjà rigoureux et qui présageaient le sort réservé au peuple dont on a pu dire, avec quelque exagération il est vrai, que *les vainqueurs ont été leurs amis comme les Tartares qui conquirent la Chine étaient amis des Chinois* [1].

Et, enfin, c'est bien le point de départ des transformations profondes que subit le régime légal des populations gauloises du nord de la Loire, soumises, jusque-là, au régime légal de l'empire.

Cette démonstration pourrait s'arrêter ici; mais il est encore un mode de démonstration dont tous les éléments, pour leur être étrangers, ne se rattachent pas moins, cependant, à ceux qui viennent d'être épuisés : ce sont les dispositions constitutives de l'Église gauloise.

Dans cette partie de ses travaux, le concile de 511 s'attache, surtout sans aucun doute, à régler les principales conditions de l'exercice du culte et la discipline ecclésiastique et monacale; mais la nature des choses l'entraînait à se conformer, même en traitant ce sujet, à la situation précaire faite aux anciens chrétiens gaulois par les Germains nouveaux convertis à la foi chrétienne; et c'est ainsi que ces canons viennent, par une harmonie nécessaire, confirmer l'appréciation qui vient d'être produite des dispositions qui s'en séparent.

C'est cette proposition qu'il nous reste à justifier.

EUGÈNE BIMBENET.

[1] Montesquieu, liv. XXVIII, chap. 3, *Différence capitale entre les lois saliques et les lois des Wisigoths et des Bourguignons.*

UNE CONCESSION DE MINES EN 1448.

Par M. Simonnet, substitut du procureur général à Dijon.

Les textes législatifs relatifs à l'exploitation des mines, antérieurs au XVIe siècle, consistent dans une ordonnance du roi Charles VI, du 30 mai 1413 (confirmée depuis par Charles VII, Charles VIII et François Ier), et dans une ordonnance de Louis XI, donnée à Montilz lez Tours en 1471. Celle de 1321, quelquefois citée, ne parle ni de la propriété ni de l'exploitation des mines. Les registres de l'ancienne chambre des comptes de Bourgogne nous ont conservé une ordonnance du duc Philippe le Bon, du 12 mars 1448 (v. st.), qui détermine les droits du souverain et ceux des concessionnaires de mines avec une grande précision. Sans doute le rédacteur de cette ordonnance s'est inspiré des dispositions contenues dans celle du roi Charles VI; mais le document que nous publions donne quelques détails particuliers qui doivent d'autant moins être négligés que les textes aussi anciens sont plus rares ou moins connus.

Le but que se proposait le législateur de 1413 était surtout d'affirmer au profit du domaine royal et d'établir comme une règle invariable le droit de percevoir le dixième de tous les produits des mines ouvertes dans le royaume.

En outre, il était nécessaire de préserver les concessionnaires des mines, qui pour la plupart étaient des étrangers, contre les convoitises ou le mauvais vouloir des propriétaires fonciers ou des seigneurs, dans les domaines desquels les métaux pouvaient être extraits. Les seigneurs d'église et les séculiers revendiquaient en effet, soit le dixième, soit une quote-part différente du produit net; ils interdisaient aux ouvriers le passage de leurs terres, l'achat du bois ou l'usage des eaux qui leur étaient indispensables; ils leur défendaient de fouiller le sol, et rendaient ainsi toute exploitation à peu près impraticable.

L'ordonnance interdit à tous seigneurs, de quelque dignité qu'ils soient, de réclamer un droit de mine; « car, dit le souverain, à nous seul et pour le tout, à cause de nos droicts et majesté royaulx, appartient le dixième et non à autre. » Elle

décide que les seigneurs se contenteront d'une indemnité raisonnable à payer par les concessionnaires des mines, pour leur droit de passage, l'usage des bois et des cours d'eau; que l'on peut rechercher et ouvrir des mines dans toute l'étendue du royaume, à la condition d'indemniser les propriétaires « au dit de deux preudes hommes; » que des commissaires spéciaux, délégués par les généraux des monnaies, connaîtront des litiges qui intéressent ces industriels et leurs ouvriers, à charge d'appel devant les généraux des monnaies, et, en dernier ressort, devant le parlement de Paris.

Enfin le roi prend sous sa sauvegarde spéciale les maîtres des mines, leurs agents et leurs familles, et les déclare exempts de toutes tailles, aides, gabelles, péages et autres subsides [1].

Quant à l'ordonnance de 1471, elle eut spécialement pour objet l'institution d'un grand maître des mines, chargé de surveiller les exploitations, de les concéder aux plus capables et de connaître des différends en cette matière.

L'ordonnance que nous publions est une concession faite à des particuliers et rappelle les principes généraux. Le duc de Bourgogne, qui jouissait de tous les droits régaliens dans ses domaines, stipule à son profit la réserve du dixième de tout l'or, argent, azur, plomb ou autres métaux qui seront trouvés dans lesdites mines, franchement tout affinés. Il y pose le principe d'une indemnité au profit du propriétaire dont le sol sera fouillé, indemnité qui sera fixée par les officiers du prince, dans la juridiction desquels les mines seront ouvertes. Il accorde aux concessionnaires, plus explicitement encore que ne le faisait l'ordonnance royale, le droit de se servir de tous les cours d'eau dont ils auront besoin, sauf indemnité; les procès intentés à tort ou à raison aux maîtres des mines ou à leurs ouvriers seront jugés par les officiers du duc; son procureur sera partie jointe.

En outre, les concessionnaires et leurs ayants cause sont investis d'un véritable monopole; aucune autre personne ne pourra, dans l'étendue du duché, du comté de Bourgogne ou

[1] *Lettres de Charles VI, par lesquelles il déclare qu'au roi seul appartient la dixième partie métallique tirée des mines, après qu'elle a été purifiée, et accorde des priviléges à ceux qui travaillent aux mines et à ceux qui y font travailler.* (ORDONNANCE DES ROIS DE FRANCE DE LA TROISIÈME RACE, t. X, p. 141.)

du comté de Charollais, ouvrir ou exploiter des mines à leur préjudice. En conséquence, ces privilégiés auront la faculté ou de s'associer avec les personnes qui auraient découvert des mines, et de partager les bénéfices de l'exploitation, ou de les exploiter pour leur compte, sauf à rembourser aux parties intéressées leurs frais et dépenses; il leur est accordé un délai de six mois pour l'exercice de leur privilége et de leur droit d'option..

Si les mines cessent d'être exploitées, le duc se réserve le droit de les concéder à d'autres; si toutefois le chômage est occasionné par un cas fortuit, les concessionnaires auront un délai de dix-huit mois, pendant lequel ils devront faire les travaux nécessaires.

L'un des articles les plus importants de ce document a pour objet de préserver les nombreux agents, commis, ouvriers et maîtres qui allaient s'établir dans des juridictions diverses, sous l'empire de coutumes plus ou moins rigoureuses, contre les conséquences fâcheuses que pouvaient entraîner pour leur état et condition une résidence prolongée dans certaines seigneuries.

La coutume de Bourgogne en effet décidait, de toute ancienneté, que « l'homme franc qui va demeurer en lieu de mainmorte et y tient feu et lieu par an et jour, continuellement, et paye en son chef (c'est-à-dire pour son compte), au seigneur dudit lieu, les devoirs..., demeure pour lui et sa postérité à naître, de la condition dudit lieu de mainmorte [1]. »

Il en était de même dans la comté de Bourgogne [2], où la coutume était plus rigoureuse encore.

Beaumanoir a parlé de cette lèpre de la servitude personnelle en des termes non moins explicites :

« Et encore y a il de tix terres quant uns frans hons qui n'est pas gentix hons de lignage, y va manoir, et il y est résidens un an et un jour, qu'il devient, soit hons, soit feme, sers au segneur de soz qui il veut estre résidens [3]... »

Il nous reste à dire un mot du personnage auquel est octroyée la concession de mines qui nous occupe. Elle est faite à Jean

[1] *Coutume de Bourgogne*, art. 92.
[2] V. Dunod, *Traité de la mainmorte*, p. 41, 42.
[3] Chap. XLV, n° 19.

de la Werta dit de Rocca, originaire d'Aragon, *le meilleur ouvrier d'imagerie de France*, disent les documents contemporains. En 1444, cet habile artiste avait été chargé de la construction du tombeau de Jean Sans-peur, qui ne fut terminé qu'en 1475 environ. Dans l'intervalle il sollicita et obtint, pour lui et des associés qu'il se réservait de désigner, le droit exclusif de chercher des mines dans les États du duc de Bourgogne.

Parmi ces associés figure Jean de Visen qui fut receveur général des finances du duc Philippe le Bon.

Ottroy fait par monseigneur le duc à maistre Jehan de la Roca et à ses compaignons de cerchier mines es pays de Bourgongne.

Phelippe, par la grâce de Dieu, duc de Bourgoingne, de Lothier, de Brabant et de Limbourg, conte de Flandres, d'Artois, de Bourgoingne, palatin de Haynnau, de Hollande, de Zélande et de Namur; marquis du saint Empire, seigneur de Frise, de Salins et de Malines; à nos amez et feaulx les gens de nostre conseil et de nos comptes à Dijon, et à tous nos baillis et autres justiciers et officiers de nosdis duchié et conté de Bourgne et de la conté de Charolois, ou à leurs lieuxtenans, salut.

Comme de la partie de Jehan de la Verta dit Daroca, et ses compaignons, en ce fais, nous ait esté exposé quilz sont bien informez que en nos dis duchié et conté de Bourgne et en la conté de Charolois, a aucuns lieux et places où il a mines de diverses matières c'est assavoir d'or, d'argent, d'azur, de plomb et autres métaulx, lesquelles, s'elles estoient ouvertes, et que l'on voulsist diligemment entendre à affiner les matières qui y seroient prinses et trouvées, nous seroient cy-après de très grant valour et prouffit; toutes voyes, iceulx exposans qui ont grant desir et affection de adverer le fait desdites mines, et de y exposer de leurs chevances, ne pourroient ne oseroient en ce vacquer ne besoingner sans avoir sur ce nos congié et licence, si comme ilz dient, en nous suppliant qu'il nous plaise leur consentir et ottroier qu'ilz puissent, par eulx, leurs gens, serviteurs et commis, quérir et cerchier les dessusdites mines en tous les lieux et places où ils les sçauront estre, et icelles descouvrir; traire et affiner les matières qui y seront trouvées, en nous baillant sur ce tel droit que en cas semblable est accoustumé de faire en autres marches et contrées où sont semblables mines, et sur ce leur octroier nos lettres patentes en forme deue.

Savoir faisons que nous, les choses dessusdites considérées, et sur icelles en bon et meur advis, délibéracion et conseil, au dessus nommé Jehan de la Verta et à ses compaignons, telz qu'il vouldra nommer et amener par devant vous, les gens de notre conseil et de nos comptes, gens ydoines et recéans soubz nous qui de ce vouldront prendre la charge, pour eulx leurs hoirs, successeurs et ayans cause, avons ottroyé, consenti et accordé, ottroions, consentons et accordons, et de nostre certaine science, auctorité et plaine puissance, donnons congié et licence par ces présentes, que tant par eulx, comme par leurs gens, serviteurs et commis, ilz puissent querir

et cerchier les mines dont dessus est faite mention, par toux les lieux et places où ils les sauront estre en nos dis duchié et conté de Bourgogne et la conté de Charolois, et icelles mines descouvrir, prendre et traire les matières d'icelles pour les purgier et affiner, soubz les conditions et modifications cy-après contenues et déclarées.

C'est assavoir qu'ilz pourront querir, cerchier et descouvrir à leurs frais et despens les lieux et places où ilz scauront estre lesdites mines soubz nous et en nostre justice nuement, et aussi en l'eritage et justice d'aultruy, en récompensant raisonnablement ceulx ausquelx appartiendront les héritaiges où seront trouvées lesdites mines au dit et ordonnance de noz baillis ou autres officiers soubz la uridicion desquels icelles mines seront trouvées, lesquels exposans et leurs dis hoirs, successeurs et ayans cause seront tenus de baillier et délivrer réalment et de fait deslors en auant, chascun an à celui que commettrons et ordonnerons ad ce pour et en nom de nous, la dixième partie de tout l'or, argent, azur, plomb et autres métaulx et choses quelsconques qui seront trouvez en icelles mines franchement tout affiné, et sans ce que de notre part il y ait ne conviengne faire aucuns frais.

Et pour ce que, en faisant les descouvertes et cerches desdites mines, conviendra à iceulx exposans faire de grans et sumptueux frais avant ce que grant prouffit en puist yssir, nous à iceulx exposans, pour eulx, leursdis hoirs, successeurs et ayans cause, avons ottroié, consenti et accordé, ottroions, consentons et accordons de notre dite science, auctorité et plaine puissance, qu'ilz ayent et puissent tenir icelles mines doresenavant à tousjours pour y ouvrer et d'icelles faire leur prouffit au mieulx qu'ilz pourront en la manière avant dite, sans ce que l'on les puisse mettre hors de leurs mains, ne que autres les puissent avoir ne de nous en obtenir aucun don, pourveu et parmy ce toutes voyes que iceulx exposans et leurs dis hoirs, successeurs et ayans cause seront tenux de en icelles mines, ouvrer et faire ouvrer souffisamment, sans les souffrir sejourner ne chômer, et aussi de nous payer ou à notre dit commis pour et en nom de nous, chascun an la dixième partie de tout ce qui en viendra et ystra, comme dit est.

Et en oultre, considéré que à iceulx exposans ou aux aucuns d'eulx, conviendra par avanture, en besoingnant au fait des dites mines demourer et résider longue espace de temps, en et soubz diverses seignouries et jurisdicions, nous leur avons octroyé, consenti et accordé, octroyons, consentons et accordons que pour quelque demourance ou résidence que ilz, leurs dis hoirs, successeurs ou ayans cause et aussi leurs dis gens, serviteurs et commis facent en quelque lieu, ne soubz quelque seignourie que ce soit, ilz ne puissent encourir ne encheoir en aucune servitute.

Et avec ce, avons octroié, consenti et accordé, octroyons, consentons et accordons, de nostre dite grâce, à iceulx exposans que nulz, de quelque estat qu'ilz soient, autres que les dis exposans, ou leurs dis hoirs successeurs ou ayans cause ne pourront tirer, lever ne decouvrir aulcunes autres mines en nos dis duchié et conté de Bourg^ne ne en la conté de Charolois, que les diz exposans n'aient le droit dy estre accompaigniez avec ceulx qui auront trouvé les dites mines, se bon leur semble, selon et par la manière que dessus est dit, ou se iceulx exposans ayment mieulx, ilz auront en leurs mains les dites mines, en récompensant ceulx qui ainsi les auront trouvées, des frais raisonnables qu'ilz y auront fais, au dit et ordonnance

de nos officiers, soubs la jurisdicion desquels icelles mines seront ainsi trouvées, pourveu qu'ilz choisiront l'un ou l'autre des dis partis, dedens demi-an après les dites autres mines descouvertes et trouvées; et après ledit terme de demi-an passé se choisy n'ont, ilz n'y pourront plus riens quereller ne demander.

Toutes voies se iceulx exposans ou leursdis hoirs, successeurs ou ayans cause estoient cy-après deffaillans de ouvrer es dessusdites mines, ou de nous en baillier et delivrer le prouffit, tel comme dessus est dit, en ce cas nous pourrons icelles mines s'il nous plaist, baillier et delivrer à autres, et y faire ouvrer selon nostre plaisir, c'est à entendre ou cas que les dis exposans, de leur voulenté, laisseroient chômer lesdites mines, et cesseroient de nous en paier le droit dessus-dit; mais s'il advenoit que cy-après, par aucuns cas fortuits, les dis exposans ou leurs dis hoirs, ne feissent ouvrer en icelles mines, en ce cas, nous serons tenus d'attendre ung an et demi, avant que nous les puissions oster aus dis exposans, leurs dis hoirs et successeurs, pour les baillier en autres mains. Pendant lequel temps, ilz seront tenus de pourveoir au cas; mais ledit terme d'an et demi passé, nous pourrons, se bon nous semble, oster icelles mines à iceulx exposans et les baillier à autres ou y faire ouvrer, selon nostre plaisir. Parmy ce toutes voies, que ceulx auxquels les ferons baillier seront tenuz de récompenser iceulx exposans des frais et missions raisonnables qu'ils pourroient avoir fais à ouvrer et mettre sus les dites mines, se récompensacion y chiet, au dit et ordonnance de nos officiers et autres gens en ce congnoissans.

Et pour ce que, en ouvrant et besoingnant au fait d'icelles mines, sera nécessité aux ouvriers qui y besoingneront d'eulx aidier des rivières, ruisseaulx et autres eaues estans près des places où seront trouvées icelles mines, nous à iceulx exposans, leurs dis hoirs successeurs et ayans cause et aussi à leurs dits gens familiers et serviteurs, avons ottroyé, consenti et accordé, ottroions, consentons, accordons et donnons congié et licence que, en besoingnant et ouvrant au fait desdites mines, ilz se puissent aidier en toutes les manières à eulx nécessaires, de toutes les eaues, tant grandes rivières comme petites, estangs, ruisseaulx, fontaines et autres qui leur seront propices pour le fait des dites mines, en récompensant sur ce les parties raisonnablement, là où il appartiendra, comme dessus est dit, réservé toutes voies qu'ilz ne puissent wuider ne faire wuider les dis estangs, mesmement ceulx qui seroient empoissonnez.

Et s'il advenoit que par envie, malévolence ou autrement, aucuns voulsissent les dis exposans mettre et traire en procez, à l'occasion des choses dessus dites, et que aucuns des dis tenementiers ou seigneurs propriétaires des héritaiges, esquels seront trouvées les dites mines, ne voulsissent souffrir cerchier, tirier icelles mines selon la teneur de ces présentes, et que procez s'en meussent; en ce cas, nous voulons et ordonnons que iceulx exposans, leurs dis hoirs, successeurs et ayans cause, ne aussi leurs dis serviteurs familliers et commis ne soient tenuz d'y respondre ne procéder, fors en notre justice et par devant nos officiers qu'il appartiendra, et que oudit cas, nostre procureur preigne les causes en main, ou se adjoingne pour lesdis exposans, au regard et en tant qu'il touche lesdis tenementiers ou propriétaires d'iceulx héritaiges qui vouldroient contredire et empeschier de besoingnier es dites mines par la manière que dessus est dit.

Si, vous mandons et très expressément commandons, en commectant par ces présentes et à chascun de vous en droit soy et si comme à luy appartiendra, que de nos présent ottroy, congié, licence et consentement, vous faciez, souffriez et laissiez les dessusdiz exposans, leursdiz hoirs, successeurs et ayans cause, ensemble leursdis gens, familliers ouvriers et serviteurs, plainement et paisiblement joyr et user, sans contre la teneur de cestes leur faire ou donner, ne souffrir estre fait ou donné quelconque molestacion, destourbier ou empeschement en aucune manière.

Et pour ce que de cesdites patentes, iceulx exposans pourront avoir à faire en divers lieux, nous voulons et octroions que au vidimus d'icelles fait soubz le scellé de nostre chancellerie de Bourgoingne ou à la copie signée et collacionnée en la chambre de nos comptes à Dijon, autelle foy soit adjoustée comme à ce présent original.

Donné en notre ville de Brouxelles, le XIIe jour de mars, l'an de grâce mil quatre cens quarante et huit, ainsi signé par monseign^r le duc J. Gros [1].

En marge est écrit : Le XVJ^e jour de may M. CCCC L IIIJ, maistre Jehan de la Werta, nommé en cestes a esté interrogié par Mess. des comptes, en lui ordonnant de déclarer qui estoient ses compaignons, en la matière et au fait de la dite mine; lequel a nommez sesdiz compaignons estre en la dite mine, c'est assavoir Jehan de Visen et Guillaume Chambellan de Dijon.

J. SIMONNET.

[1] Chambre des comptes de Dijon, IIe registre, B., f° XLII.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des arrêts et de l'opinion des auteurs sur la question de rétroactivité des droits de l'enfant né en France d'un père étranger, quand il réclame sa nationalité dans l'année de sa majorité.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(*Suite*[1].)

SOMMAIRE.

§ III.

TROISIÈME QUESTION.

Est-il vrai que, sous le Code civil pur, on ait dû appliquer l'article 9 du Code Napoléon à l'enfant né hors mariage en France d'une Française et d'un Étranger, si cet étranger venait à reconnaître l'enfant pour sien? — Que devait-on décider dans le même cas sur l'enfant naturel d'une Française et d'un étranger, si la naissance avait eu lieu en pays étranger?

13. Cette question n'aurait pu s'élever si l'on eût conservé la règle proposée par le Premier Consul. — Complément d'examen sur les motifs qui ont fait repousser sa proposition.
14. Conjectures sur le motif de la suppression. — Que le nouvel article reproduit ce qui avait été arrêté au Conseil d'État, MOINS L'EXPRESSION de la maxime générale.
15. Résumé du sens des deux articles 9 et 10.
16. Résumé des opinions contraires à la nôtre extrait de l'ouvrage de *M. Alauzet.*
17. Précision du système que nous croyons devoir combattre.
18. La suppression matérielle de l'ancienne règle, « *Tout individu né en France est Français,* » doit-elle empêcher d'invoquer la règle?
19. On la retrouve même en examinant comment le mot *Français* et le mot *Étranger* sont employés dans le titre entier.
20. SUR LE PREMIER ALINÉA DE L'ARTICLE 10, comment on doit l'entendre.
21. Que l'enfant né en pays étranger d'un père français qui l'a reconnu et d'une fille étrangère est Français de naissance.
22. Que l'enfant né en pays étranger d'une fille ou veuve française et d'un étranger qui le reconnaît, est aussi Français de naissance relativement à la France. — Cause du conflit entre les lois des deux pays, à *la note.*

[1] *Voir page* 1re *de ce volume.*

23. *Suivre la condition de*, dans notre titre, signifie seulement « suivre la *nationalité*. »
24. Bien que l'enfant suive *la condition* du père, le père naturel français n'a d'avantage sur la mère, qu'en cas de dissentiment lors du mariage de l'enfant.
25. Résumé des principes qui font décider que l'enfant naturel né en pays étranger d'un Étranger et d'une Française, ne devient pas étranger par la reconnaissance du père.
26. Qu'il en faut dire autant, soit à plus forte raison, soit à cause des autres textes et de la formation de la loi, de l'enfant naturel né en France d'une Française et d'un Étranger.
27. Le père et l'enfant naturel peuvent être de nationalités différentes, et la reconnaissance de l'étranger ne rien changer à la nationalité de l'enfant.
28. *Quid* dans le cas de légitimation de l'enfant naturel par le mariage subséquent?
29. Sur le second alinéa de l'article 10. — L'enfant de la femme française mariée à un étranger a-t-il le droit d'en profiter?
30. Nouveaux arguments pour démontrer que la nationalité n'est pas déterminée toujours par la filiation paternelle.
31. Déduction tirée de l'économie du Code Napoléon sur les enfants naturels.
32. Sur l'article 9 du Code Napoléon. Doit-il s'entendre d'un enfant naturel né en France d'une Française et d'un Étranger? Espèces.
33. De l'enfant né en France d'une étrangère et reconnu par un père français.
34. De l'enfant né d'une mère française et reconnu par un père étranger.
35. Indication des arrêts cités contre notre doctrine.
36. Pourquoi l'auteur a préféré une exposition nouvelle de sa doctrine à une discussion de détails sur les arrêts.

§ III.

TROISIÈME QUESTION.

Est-il vrai que, sous le Code civil pur, on ait dû appliquer l'article 9 du Code Napoléon à l'enfant né hors mariage en France d'une Française et d'un Étranger, si cet étranger venait à reconnaître l'enfant pour sien? — Que devait-on décider dans le même cas, sur l'enfant naturel d'une Française et d'un étranger, si la naissance avait eu lieu en pays étranger?

13. Pour expliquer cette troisième question sur l'article 9, il faut encore revenir à l'opposition apportée par le Tribunat (*V. Première Question*, nos 4 et 5, p. 5) à l'admission de l'article proposé par le Premier Consul : « *Tout individu né en France est Français,* » article rejeté et remplacé par l'article 9 après

de nouvelles conférences.—L'article décidait tout par sa généralité. *Tout individu* comprenait enfants légitimes et enfants naturels de l'un et de l'autre sexe nés *en France*, soit de Français, soit d'Étrangers.—Quant à l'article 10 (*art. 2 du projet*), M. Tronchet a répondu que « tout enfant né en pays étranger d'une Fran« çaise non mariée, *suivait la condition de sa mère.* » (Fenet, t. VII, p. 8.) La suppression des mots *tout individu, etc., etc.*. a-t-elle donc changé quelque chose à ce système, qui voulait que tout enfant naturel de Français naquît PARTOUT Français?

Examinons bien comment on est arrivé à cette supression.

La proposition du Premier Consul avait été nette et franchement expliquée. « L'intérêt de la France devait être seul con« sulté : il faut pouvoir soumettre à la conscription et aux autres « charges publiques les fils des étrangers établis en France, « soit comme prisonniers de guerre, soit par suite des événe« ments. S'ils n'ont pas de biens, ils ont du moins l'esprit fran« çais, les habitudes françaises et l'attachement naturel qu'a « chacun pour le pays qui l'a vu naître ; s'ils ont des biens, les « successions qu'ils recueillent dans l'étranger arrivent en « France et celles qu'ils recueillent en France sont régies par « les lois françaises. » (*Voir séance du 6 thermidor an* IX, Fenet, t. VII, p. 6.)

On reconnaît au Conseil d'État, « que la faveur de la popu« lation a toujours fait regarder ces individus comme Français, « pourvu que, par une déclaration, ils exprimassent la volonté de « l'être (TRONCHET, *même séance* p. 4); si l'enfant ne peut ac« quérir les droits politiques qu'à vingt et un ans, on ne peut « laisser son état en suspens jusqu'à cette époque, mais il est « possible qu'il ait les droits civils sans avoir les droits politi« ques (LE MÊME, p. 5). Point d'inconvénient à le reconnaître « pour Français sous le rapport du droit civil. Ainsi, au lieu « d'établir que l'individu né en France d'un père étranger n'ob« tiendra les droits civils que lorsqu'il aura déclaré vouloir en « jouir, on pourrait décider qu'il n'en est privé que lorsqu'il y « renonce formellement (LE PREMIER CONSUL). — On ne peut « donner au fils d'un étranger la qualité de Français sans qu'il « l'accepte. Cette condition ne regarde pas le mineur parce qu'il « n'a pas de volonté; mais elle doit être exigée du majeur : il « n'y a d'utilité réelle pour la France qu'autant que la France

« acquiert réellement l'étranger, et elle n'est sûre de l'acquérir « que lorsqu'il a exprimé la volonté d'être Français : la décla- « ration, la fixation de domicile en France et la résidence « doivent être exigées, car si l'enfant né d'un père étranger « jouit des droits civils sans faire de déclaration et sans se fixer « en France, on ne pourra lui refuser la succession qu'il ne « viendra recueillir que pour l'emporter dans sa véritable pa- « trie (TRONCHET, p. 7). La question se réduit à examiner si la « plupart de ces fils d'étrangers se retireront dans la patrie de « leur père, ou s'ils resteront en France. *Le plus grand nom- « bre y restera* (M. RŒDERER). Pas d'inconvénients à déclarer « Français tout enfant né en France ; ce principe se trouvant « nécessairement modifié par les dispositions légales qui règlent « la manière dont un Français conserve ou perd la faveur de « son origine (M. PORTALIS). » Telle est l'analyse fidèle de la discussion au Conseil d'État, et l'on y trouve les motifs qui *depuis* ont fait rediger l'article 9, qui n'avait alors nulle raison d'être, puisque l'article adopté portait : « Tout individu *né en France est Français*.

Le Tribunat, — nous n'avons pas à examiner pourquoi il avait repoussé le projet tout entier, — le Tribunat, après la communication officieuse établie, a repoussé l'article « Tout individu *né en France* est Français ; » et cependant les conférences de la section de législation du Conseil d'État avec la section de législation du Tribunat avaient amené l'article 9, qui produisait, au profit de l'enfant né en France d'un étranger, résidant ou simple voyageur, les résultats à attendre de l'article effacé ; de sorte qu'on peut dire que le principe qu'aurait établi l'article supprimé est conservé, puisqu'on lui donne effet dans les deux seuls cas possibles comme sous l'ancien droit. — Personne alors n'a parlé des enfants naturels.

14. Nous ne pouvons voir dans les motifs donnés aux Observations du Tribunat[1] lors de la communication officielle, qu'une EXCUSE OSTENSIBLE de faire disparaître le texte, *Tout indi-*

[1] On peut les lire dans Fenet, t. VII, p. 592, et l'on verra que les observations ne portaient que sur les enfants naissant en France pendant le voyage de leurs parents, et repartant avec eux. Or, l'article 9 les comprend aussi bien que les enfants d'étrangers résidant à demeure en France où ils se sont retirés et exercent leur industrie.

vidu, etc., etc..... Car on n'y réfute en rien les excellentes raisons données par le Premier Consul. La discussion sur l'article 10 au Conseil d'État semble nous mettre sur la voie des motifs secrets du Tribunat. Déjà au Conseil d'État, M. Berlier avait reproché à l'article 10 d'être favorable aux enfants d'émigrés (*séance du* 14 *thermidor an* IX; Fenet, *p.* 24 *et suiv.*), et si l'on ne trouve pas de longues discussions des tribuns sur ce point, on peut le devoir à la clarté des réponses à cette opinion, contenues au rapport de M. Siméon (Fenet, *p.* 156 *et suiv.*). Il nous semble que, de même qu'au Conseil d'État on s'était défié de l'article 10, de même on a pu se défier au Tribunat de la généralité de la maxime proclamée par l'ancien article 9. Si, au temps du Consulat, une partie des royalistes de France ont follement rêvé un nouveau Monk dans le Premier Consul, la même pensée pouvait se glisser par crainte dans le parti tout opposé; donc, une saine politique devait faire repousser un article qui semblait aider à propager ce bruit [1]. L'article 28 de la constitution chargeait le Tribunat de discuter les lois et de veiller à l'inviolabilité de la constitution; c'était donc un devoir pour lui de supprimer l'expression d'une maxime tellement générale qu'elle comprenait le passé, et de ne point rappeler dans le Code civil, livre usuel pour tous, que les princes émigrés étaient Français nés en France. Le Tribunat d'ailleurs, si tel était son motif, devait le faire par ménagement pour le gouvernement, et se rabattre sur quelque chose de moins important. L'amendement que le Tribunat a admis ne peut s'entendre que d'enfants à naître à l'avenir d'étrangers en France, ou au plus d'enfants nés d'étrangers en France, mais encore en minorité au 18 mars 1803, jour de la promulgation du titre *de la Jouissance et de la Privation des droits civils;* et cet amendement suffirait pour atteindre tant le but que le Premier Consul s'était proposé dans la séance du 6 ther-

[1] D'autres raisons pouvaient se présenter à l'esprit. La Cour des rois de France avait été l'asile des rois déchus. La République pouvait trouver l'occasion de l'imiter. Et le fils d'un roi exilé, fugitif ou déchu, n'aurait-il pas pu se targuer à la fois aux yeux des Français de l'illustration de sa famille et du bonheur d'être né en France? *Quid* du long séjour en France d'Otages ou d'Ambassadeurs? Ce séjour donnerait-il à leurs enfants nés en France, ou y restant après eux, le droit de se dire Français et de se faire inscrire sur le registre civique après leur vingt et unième année?

midor an IX, que le but que nous avons supposé au Tribunat, ou à quelques-uns de ses membres.

15. De sorte que voici le résultat des deux articles 9 et 10. On admettait tacitement la règle que tout individu né en France d'un Français que n'avait pas atteint les lois sur l'émigration était *Français de naissance*. — On admettait par l'article 10 la règle ancienne que tout enfant de *Français* qui n'avait pas perdu cette qualité était *Français de naissance*, quoique né en pays étranger. — L'enfant né en pays étranger, d'un Français déchu de cette qualité, n'aurait qu'une aptitude à la recouvrer (ce qui n'est point un mode de naturalisation, quoi qu'on en ait pu dire), mais une réintégration, sous les conditions prescrites par la loi, pour l'avenir seulement, dans un droit perdu par le fait d'autrui; — par l'article 9, on admettait au nombre des Français de naissance l'enfant né en France de l'étranger, soit qu'il y eût été élevé, soit que ses parents l'eussent emmené dans leur patrie, pourvu qu'il réclamât sa qualité de Français dans le cours de sa vingt et unième année; faute de quoi, il aurait opté tacitement pour le sang d'origine contre la terre natale, et demeurerait étranger à partir de sa naissance.

16. Jusque-là, tout est clair. On ne le conteste pas, ou on ne le conteste que fort peu. Mais l'opinion commune est que notre titre *de la Jouissance des Droits civils* doit concorder, nécessairement et en tout, *à l'égard des père et mère naturels à l'étranger* avec ce que les titres *de la Paternité et de la filiation, du Mariage* et *de la Puissance paternelle* ont statué pour le père français : ce que nous ne pouvons admettre. Pour prouver que l'opinion doctorale est contraire à la nôtre, nous ne citerons pas les docteurs, mais nous citerons un homme de talent, de mérite, disons même un homme de goût, qui les a étudiés, et qui, de leurs ouvrages, a déduit ses principes de droit sur la matière. C'était pour lui l'accomplissement d'un devoir de position publique : nous parlons de M. Alauzet, chef de bureau au ministère de la justice, appelé plus spécialement à appliquer cette matière, en ce qui concerne l'administration des affaires relatives à l'État civil et au droit des personnes. Il est auteur d'un opuscule bien fait, intitulé « *De la qualité de Français et de la naturalisation,* » irréprochable peut-être en tout ce qui ne

touche pas notre question. Je vais donc rassembler ce qui n'est que le résultat et *le fruit* de ses lectures d'auteurs que, malgré mon âge, j'honore comme mes maîtres, et j'ose croire qu'ils voudront bien me pardonner de respecter encore plus la loi que leurs opinions.

« La loi, a dit M. Alauzet, a préféré *en toute occasion* la filia-« tion *paternelle* quand elle a pu être connue (*p.* 2)..... C'est la « filiation *seule* qui établit la nationalité. Par suite de ce prin-« cipe, l'enfant naturel né en France ou en pays étranger, « d'une mère française et d'un père inconnu est Français. Cette « opinion, adoptée déjà sous l'ancienne jurisprudence, ne « trouve pas de contradicteurs; mais s'il est reconnu *par un* « *père étranger*, IL CESSE D'ÊTRE FRANÇAIS! — Cette dernière « proposition, quoiqu'elle ait été contestée quelquefois, par « souvenir peut-être de la législation romaine, me semble « certaine. L'ensemble de nos lois démontre que c'est à la « filiation paternelle qu'a été attachée la nationalité. Il faut « que la paternité *soit complétement inconnue* pour qu'on puisse « recourir à la filiation maternelle (p. 3 et 4)!.... Le principe « de la filiation paternelle, cause génératrice de la nationalité, « est établi par la loi; il faut bien en admettre les conséquences « forcées..... La reconnaissance dans l'un et l'autre cas rétro-« agit évidemment à la naissance; la nationalité attribuée à « l'enfant [par la reconnaissance] ne peut pas ne pas lui avoir « toujours appartenu, pas plus qu'il ne peut pas avoir tou-« jours été le fils de celui qui l'a reconnu. La reconnaissance « déclare un fait, elle ne crée rien » (*p.* 5).

17. Quelle est donc la cause qui fait tenir ce langage à M. Alauzet? C'est d'abord le rejet de l'article « *Tout individu né en France, etc., etc.....* » — Il ne le dit pas, mais il le fait entendre. « Entre les deux systèmes qui pourraient être adop-« tés et qui la font dépendre, l'un du lieu de la naissance, « l'autre de la filiation, c'est le dernier que la loi a choisi, » p. 2. — Son second motif, qu'il n'exprime pas, mais qu'on devine, c'est l'emploi continuel du genre masculin par les rédacteurs du Code en parlant de Français ou d'étrangers. — Un troisième qu'il n'a que légèrement esquissé, mais qui l'a touché, c'est que « le père naturel en droit français a la puis-« sance paternelle; qu'il lègue son nom à l'enfant reconnu, et

« que toutes les fois qu'il est en concours avec la mère, *sa posi-* « *tion est la même que s'il s'agissait d'un enfant légitime!* » Exagération en effet, mais qui n'est pas due à M. Alauzet : il l'a exactement traduite des travaux de tous, et croit possible de la transporter sans modification au père étranger de l'enfant naturel d'une Française..... Nous lui devons même cet éloge qu'il reconnaît volontiers que de pareilles règles peuvent engendrer des abus, mais qu'il faut bien admettre les conséquences forcées du système de la filiation paternelle.

18. Entrons maintenant dans les éléments qui doivent servir à décider nos questions. Est-il vrai qu'en supprimant du Code civil l'article portant, « Tout individu né en France est Français, » l'esprit de la loi ait été d'abroger l'ancienne maxime de notre droit public qui y était conforme? — Non : la discussion nous apprend seulement que le Tribunat craignait que l'expression n'en fût trop étendue et n'offrît quelque danger; mais cela ne prouve pas que la maxime générale ne puisse être invoquée hors des cas que le Code a prévus. En effet, par la loi du 30 ventôse an XII sur la réunion des lois composant le Code civil, le Conseil d'État s'est bien gardé d'abroger absolument les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et particulières, les statuts, les règlements. Il a voulu seulement qu'ils cessassent d'avoir force de loi générale ou particulière sur les matières qui font l'objet des lois composant le Code, c'est-à-dire que par un sage tempérament, « il ôta aux dispositions an- « ciennes relatives à des cas non prévus par le Code civil, le « caractère de loi, » et décida en conséquence « que la violation « d'une règle ancienne ne suffirait pas seule pour donner ouver- « ture à la cassation des jugements, » mais qu'il laissa aux anciennes lois « le caractère de règles, de manière que les « juges pussent cependant les prendre pour guide à défaut du « Code civil » (M. Bigot-Préameneu, *et le Consul* Cambacérès, *séance du* 19 *ventôse an* XII, V. Locré, *Espr. du Code civil*, t. I, p. 107 et 108, et Fenet, t. Ier, p. lxxxvj, et suiv.) C'est ce qu'a fait la Cour de cassation, dans l'arrêt du 19 juillet 1848 (*V*. ci-dessus, *p*. 11) : elle a rappelé la maxime que la seule naissance en France conférait la naturalité, et que le Code n'y dérogeait qu'en soumettant la conservation du titre de naturel

français pour l'enfant né en France d'un étranger à une déclaration à faire en temps utile.

19. Une seconde réflexion rendra peut-être la première inutile ou lui donnera plus de force.

L'article 8 porte : « Tout Français jouit des droits civils .... » (Bien entendu, sous les limitations que posera la loi française.)

Or, philosophiquement et grammaticalement, les mots *tout Français* sont une locution universelle, le nom du genre, et comprennent tous les individus auxquels il plaira à la loi de donner la qualité de Français, soit absolument (*art.* 10, 1er *alinéa*), soit sous condition (*art.* 9), soit par accident (*art.* 12) ; ils comprennent tous les individus, hommes, femmes, enfants, soit légitimes, soit naturels, nés de Français même à l'étranger ou nés en France, s'ils n'ont perdu cette qualité.

Donc et nécessairement, le mot *Français* signifie « FRANÇAISE » dans l'article 8, dans l'article 14, dans l'article 15, dans l'article 17, dans l'article 20. Qu'on se donne la peine de les lire avec réflexion. Le mot *Français* s'y applique aux deux sexes comme les mots « *l'étranger* » s'appliquent « à *l'étrangère* » dans l'article 13, dans l'article 14 et dans l'article 15 du Code civil.

20. L'article 10 : « *Tout enfant né d'un Français en pays étranger est Français* » doit-il être entendu de la même manière ? Oui. Il doit s'entendre de l'enfant légitime d'un Français, de l'enfant naturel d'un Français, et de l'enfant naturel d'une Française (fille ou veuve), qui naîtraient sur une terre étrangère. Dans l'article 10 les mots « d'un Français » *sous-entendent* d'une Française, ou bien ils signifient un *individu* français, comme l'article 8.

Pourquoi a-t-on écrit « *d'un Français* » et non pas « né de *Français* en pays étranger ? — Parce qu'une phrase ainsi conçue aurait fait entendre un enfant né de deux Français, soit par mariage, soit hors mariage. Et l'on ne s'est point mépris au Conseil d'État sur le sens de l'article. Aussitôt qu'il a été lu pour être mis en discussion, M. Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) demanda « si l'individu né en pays étranger, *d'une mère non mariée*, était Français ? » Et M. Tronchet de répondre « que tout enfant né hors mariage suit la condition de la mère ; »

comme s'il eût dit : Ce n'est pas une question à poser! *partus naturalis matrem sequitur!* Cela n'a pas besoin d'être écrit. — Et le consul Cambacérès d'acquiescer tacitement; et de dire : « La difficulté n'existe que pour l'enfant d'un père français « non marié; elle tombe sur la preuve de la paternité (Fenet, *t.* VII, *p.* 8). « Il aurait pu ajouter ; « La preuve n'est pas l'objet de la discussion. » — Ainsi, qu'on dise avec nous que, dans cet article 10, les mots *d'un Français* comprennent le féminin, LE SOUS-ENTENDENT, ou signifient d'un *individu* français, ou enfin qu'on ait cru l'enfant de la femme française non mariée suffisamment protégé par la maxime alors de droit commun européen que l'enfant naturel *suivait la condition* de sa mère, on arrivera toujours au même résultat : les rédacteurs de la loi ont exprimé que l'enfant de la fille française né en pays étranger était *Français de naissance.*

21. Nous croyons encore aujourd'hui nous être tenu dans la vérité de droit, en disant ou en faisant entendre autrefois (*V.* Comment. sur le titre 1er du livre Ier du Code civil, *Jouissance et Privation des droits civils*, p. 24), contrairement à l'opinion de M. Duranton, que l'enfant naturel né en pays étranger, d'un Français qui l'a reconnu et d'une fille étrangère, suivait la condition de son père, et se trouvait *Français de naissance.* (Bien entendu relativement aux lois françaises) : car l'article 10 est formel. Aucune condition n'est exigée de cet enfant pour qu'il jouisse des droits civils en France. Il en était de même quand cette partie de la loi a été arrêtée en Conseil d'État (*séance du* 14 *therm. an* IX; Fenet, p. 24). « Art. 1er. « Tout Français jouit des droits civils, etc. » — « Art. 2. Tout « individu né en France est Français. » — « Art. 3. Tout enfant « né d'un Français en pays étranger est Français. » La liaison des articles qui forment ce qu'on pourrait appeler l'édition *princeps* de la loi nous en donne la preuve irrécusable; et comme nous avons vu, *n*os 14 *et suiv.*, que c'est l'expression de l'article 2, que le Tribunat et le Conseil d'État ont voulu supprimer, et non la règle générale, il faut entendre cet article 3 même des enfants naturels nés à l'étranger.

Remarquons qu'il y a une foule de faits qui peuvent retarder pour cet enfant la connaissance soit de la paternité, soit de l'acte de reconnaissance; que, par conséquent, l'ignorance

de fait le conduira à des actes qui peuvent faire perdre la qualité de Français, tels que l'engagement volontaire dans les armées du pays de sa mère; que même la loi de ce pays peut être contraire à la loi française, le regarder comme naturel du pays et le soumettre au service militaire. Mais tout cela consiste en fait, et le droit de l'enfant ne changera pas en France, s'il ne se trouve pas dans un cas de déchéance prévu par la loi française. Il pourra venir en France, s'y établir et exercer tous les droits civils d'un Français, à quelque âge et à quelque époque qu'il le voudra, sans formalités préalables; car, pour lui, c'est le premier alinéa de l'article 10 qui règle son état civil en France; ce n'est pas le second alinéa du même article, qui regarde seulement l'enfant d'un Français qui a perdu sa qualité; ce n'est pas non plus l'article 9, qui ne s'applique pas à l'enfant d'un Français né en pays étranger. L'acte de reconnaissance d'un père français reçu en forme authentique est la seule pièce qu'il ait à produire, pour justifier de son état de Français. Ce sera à ceux qui voudront le troubler dans cet état, de lui contester cette qualité et à prouver les déchéances.

22. Que doit-on dire, relativement à la France, de l'enfant né en pays étranger d'une fille française et d'un père étranger, qui a reconnu authentiquement la paternité?

L'enfant, dans ce cas, suivra-t-il en France[1] la condition de la mère?

[1] Nous disons *en France*, car la proposition inverse peut être vraie dans le pays du père qui a reconnu l'enfant; par exemple, le Code civil des Français ayant été adopté en Belgique, l'article 10 calqué sur le dixième article de notre Code doit être ainsi conçu : « Tout enfant né d'un *Belge* en pays « étranger est *Belge*, » et par conséquent l'enfant qui sera né en Belgique d'une fille française et d'un Belge, sera Belge en Belgique, s'il est reconnu par son père. — Il y a donc conflit entre les lois des deux pays mirées l'une sur l'autre, et chacune des lois sera appliquée seulement dans son territoire. — Au delà des frontières de l'une des puissances, la loi de l'autre sera sans vigueur.

Ce qui ne veut pas dire que, muni de sa reconnaissance authentique, le Belge pourra toujours retenir l'enfant de la fille française né en Belgique, ou le Français celui de la fille belge, né en France; aucune des deux lois ne le dit : il y a, pendant la minorité, un droit au-dessus des lois civiles et des lois politiques, le droit naturel, le droit de l'humanité, les intérêts d'existence de l'être faible, les intérêts d'honneur et de liberté de la mère. Les

Il ne peut y avoir de doute pour nous d'après ce que nous venons de dire depuis le n° 18.

Toutes les fois que l'étranger reconnaît l'enfant né d'une Française, il faut suivre en France la règle *matrem sequitur*, non par souvenir du droit romain, mais parce qu'elle est du droit de la nature. C'est à la mère à prendre soin de l'enfant et à veiller sur lui dans tous les temps, même en état de mariage; car dans nos sociétés, depuis le laboureur et l'artisan jusqu'aux rangs les plus élevés, le mari est trop occupé ou du soin de nourrir sa famille, ou de ses devoirs envers le public et de la direction de ses affaires envers tous, pour se livrer habituellement à cette surveillance sacrée. Pour son fils naturel, la faute de la femme lui impose à la fois la tâche pénible de mère et de père; son devoir devient plus pesant si l'étranger qui a commis la faute ne la répare qu'imparfaitement par une reconnaissance authentique, non par le mariage. Est-ce que ce n'est point dans des vues toutes personnelles (dans lesquelles l'homme doit demeurer absolument libre de la loi civile, nous l'avouons) que le père a repoussé le lien conjugal? Donc la nature attache l'enfant à la mère : *matrem sequitur*.

Oui, le droit romain a consacré le principe : mais, loin d'en avoir fait une règle de pur droit civil, il ne l'a donnée que comme règle de la nature : *Lex naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio, matrem sequatur*. L. 24, ff., *De stat. hom.* Cela est loin de détruire la règle. La loi civile avait par là élevé la maxime au rang de ces règles générales que le Code civil entendait conserver de l'ancienne législation (*V.* ci-dessus, n° 18); nous l'avons vue appliquée dans la discussion (n° 13, *p.* 99) et certes le projet, où se trouve la phrase qui nous occupe n'a pas été écrit en faveur de l'étranger POUR DIMINUER le nombre des Français, mais POUR L'AUGMENTER (*V.* n° 13); c'est évident par les discussions du Conseil d'État (*p.* 99, 2e *alin.*).

23. Bien que nous ayons écrit, contre l'opinion du respectable Duranton, que l'enfant naturel d'un père français *suivait la condition de son père*, malgré l'extranéité de sa mère, et que

circonstances du fait guideront les tribunaux de l'un ou l'autre pays pour décider s'ils doivent ou non laisser l'enfant à la mère qui rentre dans sa patrie, ou au père naturel qui le réclame.

nous persistions aujourd'hui dans cette doctrine, nous n'avons jamais entendu ces mots que selon la matière que nous traitions. De quoi s'agissait-il en la loi du 17 ventôse an XI sur la *Jouissance des droits civils?* Il s'agissait uniquement de fixer *quels individus* seraient Français et jouiraient des droits civils. Il ne s'agissait nullement de déterminer en quoi consisteraient les droits civils. Ce devait être l'œuvre des lois subséquentes (mariage, paternité, filiation, tutelle, successions), qui les régleraient un à un, chacun suivant son espèce et selon l'utilité française publique ou privée. Donc, quand le législateur réglait quelles personnes étaient françaises, et cela, en l'an IX et en l'an XI, époque à laquelle certainement nous n'avions aucune condition distinctive des individus, le mot *condition* n'était point équivoque, et ne pouvait s'entendre que de la *nationalité* de l'enfant, relativement à la France. L'enfant de l'étrangère reconnu par un Français était donc Français en France.

24. Mais disons hautement, à la gloire du Code civil, que le principe *matrem sequitur* n'est peut-être même que *mitigé* à l'égard du père naturel français. Il n'a, par les effets de sa reconnaissance, que deux avantages sur la mère : 1° l'enfant portera son nom ; 2° pour le mariage de l'enfant naturel le consentement du père l'emportera sur le dissentiment de la mère. Ce sont là les seuls avantages légaux du père sur la mère.

Le premier avantage n'est qu'accidentel. IL NE DÉRIVE PAS DE NOTRE TITRE; il n'en est point une conséquence : c'est une suite de notre législation sur les actes de l'état civil et des noms propres (*L. du* 20 *sept.* 1792, *tit.* 3, *art.* 7; *L. du* 6 *fruct. an* II), matières qui n'étaient point en discussion. Donc, c'est à cause de lois TOUTES DIFFÉRENTES de notre titre et qui n'ont pas le même objet, que le nom du père s'attache à l'enfant naturel; donc, on ne peut tirer de ces lois une présomption de prééminence du père sur la mère. La reconnaissance n'est établie qu'en faveur de l'enfant auquel elle donne un père certain, en le tirant de la classe des enfants *vulgo concepti.* Voilà tout sur ce premier point.

Quant au second, puisque c'est écrit dans la loi sur le *Mariage* (*C. Nap.*, *n*^{os} 148 *et* 158), il faut admettre qu'en cas de dissentiment entre les père et mère naturels sur le consen-

tement demandé par l'enfant à son mariage, le consentement du père l'emporte. Mais ce n'est qu'un cas particulier, dont l'utilité d'un établissement par mariage est l'unique cause. C'est l'unique cas prévu par la loi : les auteurs l'entrevoient, et se laissent entraîner ailleurs. Père, mère et enfants naturels ne font pas plus qu'autrefois une famille en France ; c'est justement sur ce point que M. Portalis a dit dans l'exposé des motifs du titre *du Mariage* : « Les enfants naturels n'appartien-« nent à aucune famille; mais ils appartiennent à l'État : l'État « a donc intérêt à les protéger, et il le doit : [et par suite de « cette protection] lorsque ces enfants sont reconnus et peu-« vent nommer un père certain, la nécessité du consentement « des père et mère au mariage ne saurait être plus étrangère « aux enfants naturels qu'aux enfants légitimes, et la loi a « appliqué aux uns et aux autres les dispositions relatives à ce « consentement. » (Fenet, t. IX, p. 147.)

Donc, loin que l'article 158 établisse une règle propre à fonder un système général de préférence du père sur la mère naturelle, il faut dire au contraire que dans les conflits de volonté entre la fille-mère et le père de son enfant, il n'y a d'autre règle pour les tribunaux que l'intérêt de l'enfant entendu moralement, suivant les faits, les circonstances, l'état de fortune, surtout suivant la bonne ou la mauvaise conduite de l'un des père ou mère. Tout en cette matière demeure à l'arbitraire du juge quand la loi est muette, et le magistrat doit craindre tout système qui donnerait une prépondérance à l'une des deux personnes dont le devoir est de vivre séparées. Autrement ce serait PARODIER le mariage. Par exemple, il nous est impossible de comprendre la doctrine qui ôterait systématiquement à la mère naturelle le droit de correction, accordé par l'art. 383, pour ne le confier qu'au père (V. M. DEBELLEYME, *Ordonnances sur requêtes, t. I, p. 15, note* 3) quand il y aurait aussi reconnaissance de celui-ci. C'est une erreur : le droit de chacun est individuel, et s'il n'appartient qu'à un seul, c'est à celui qui élève l'enfant.

25. Nous ne nous sommes pas écarté de notre sujet en parlant des père et mère français : au contraire, nous y sommes par là pleinement rentré. Nous ne dénions pas aux étrangers le droit de reconnaître, soit dans la forme authentique de leur

pays, soit dans la forme authentique française, les enfants naturels qu'ils auront eus dans leur pays de filles ou veuves françaises qu'ils y auront séduites; mais nous leur dénions le droit de profiter *complétement*, au regard de la France, des droits civils résultant du fait de la reconnaissance authentique, et surtout nous dénions que la simple reconnaissance du père étranger fasse perdre à l'enfant sa qualité de Français de naissance.

Certes, si le sens du premier alinéa de l'article 10 est, comme nous croyons l'avoir établi, que l'enfant né en pays étranger d'un étranger et d'une fille ou veuve française est Français, il sera et demeurera Français relativement à la France, dans tous les temps, jusqu'à ce qu'il y ait cause de déchéance en sa personne, comme nous l'avons dit, n° 21, de l'enfant illégitime né d'un Français et d'une étrangère en pays étranger.

Si nous avons eu raison de dire, n° 23, que *suivre la condition de* telle *personne* signifie seulement en suivre la *nationalité*, ainsi que le prouvent les articles 12 et 19 de notre titre, concluons-en sans crainte qu'en France et hors de France, aux yeux de la loi française, la femme française non mariée ne donne le jour qu'à des enfants français, malgré l'extranéité du père. Donc, l'enfant de l'étranger naît Français, et comme AUCUNE LOI FRANÇAISE ne donne à la reconnaissance de paternité faite par l'étranger, l'effet d'imposer sa nationalité à l'enfant; comme la qualité de Français, une fois acquise, ne peut se perdre que par un mode, un fait, ou une omission expressément prévus par la loi, il serait contraire à tous les principes, de ne pas considérer en France comme pleinement Français l'enfant d'une fille française né en pays étranger d'un étranger, sous le vain prétexte d'une reconnaissance de paternité.

D'ailleurs, comme nous l'avons dit, n° 22, les effets civils de la reconnaissance paternelle ne sont pas tout à fait les mêmes en France pour les pères étrangers que pour les pères français, puisque l'étranger ne jouit en France que des droits accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle appartient cet étranger d'après l'article 11 de notre titre. Or, nous en avons la preuve dans la loi du 14 juillet 1819. Avant cette loi, jamais père étranger d'un enfant naturel français n'a pu, aux termes des articles 11 et 726 du Code Napoléon, recueillir la succession de son fils naturel décédé en France, si

les traités n'accordaient pas aux deux nations la réciprocité dans les successions. Donc, comme la reconnaissance du père étranger en France ne peut y être admise que comme un acte de satisfaction au droit naturel et une réparation incomplète du tort causé par un quasi-délit, ce qui est du droit des gens, il n'est même pas certain que le consentement du père étranger au mariage de son fils demeurant en France, l'emportât sur le dissentiment de la mère; il n'est pas du tout certain non plus que le président d'un tribunal civil refusât à la mère du fils de l'étranger, les moyens de correction de l'enfant qu'elle élèverait en France; il est même possible qu'il le refuse au père, s'il venait en France, au cas où rien de relatif à ces droits n'existerait dans les traités (question que nous n'avons pas à examiner). Quant à la nécessité de porter le nom du père, elle n'est qu'une suite des lois françaises sur les noms propres et sur la forme des actes de l'état civil : lois de police pour tous, même pour les étrangers, plutôt que lois purement civiles (V. n° 24).

26. Nous avons réfuté le système qui fait de la *seule* filiation paternelle la cause génératrice de la *nationalité* en droit français et nous descendons aux conséquences.

Puisque le principe *matrem sequitur* a été conservé en France, dans l'intérêt politique de la population, et qu'il s'applique, en vertu de l'article 10, à l'enfant naturel de la fille ou veuve française né en pays étranger d'un père étranger, il doit s'appliquer à plus forte raison à l'enfant naturel qui lui est né en France des œuvres d'un étranger.

Cependant nous pensons, et nous l'avons dit, que cette conséquence se tire d'elle-même de l'histoire de la formation de la loi et de l'emploi indéfini dans les textes des mots *Français* et *Étranger* comme noms du genre (*V.* n°s 13 *à* 19); ce qui ne détruit pas l'argument *a fortiori* tiré du premier alinéa de l'article 10, mais, au contraire, développe les causes sur lesquelles il est fondé.

27. Il résulte donc de ces principes que le père et l'enfant sont alors *de nationalités différentes*, et que la reconnaissance fait bien remonter au jour de la naissance la paternité naturelle, sans rien changer à la nationalité de l'enfant.

Ces conséquences seraient les mêmes si la reconnaissance avait eu lieu — dès l'acte de naissance, — pendant la minorité, — ou depuis la majorité de l'enfant.

28. La légitimation *par mariage subséquent* sera-t-elle une cause d'exception pour les enfants nés en France d'une Française et d'un père étranger? Comme le mariage est tellement sacré qu'il l'emporte pour la femme sur la patrie elle-même dans nos lois (*V. les art.* 12 *et* 19 *du Code Nap.*), nous avons écrit autrefois : « Cependant, s'il y avait légitimation par ma-« riage subséquent, l'enfant suivrait la condition de son père, « non plus comme enfant naturel, mais comme assimilé en tout « à ceux qui sont nés du mariage, par argument de l'article 333 « du Code civil » (*V. notre commentaire sur les art.* 9 *et* 10, *p.* 25, 1re col.). — C'était une erreur; et la question était bien plus grave que nous ne l'avions cru en 1835.

Ce qu'il y a de certain, c'est que la légitimation par mariage subséquent n'est basée que *sur une fiction* : celle que les futurs se regardaient comme époux au temps de la naissance de l'enfant, et ont anticipé sur l'usage du mariage à contracter. Or, il n'y a qu'une loi arbitraire qui puisse d'une fiction faire une vérité légale que personne n'ait le droit de contester. Donc, la légitimation par mariage subséquent est une loi purement civile, indépendante de la validité du mariage à contracter, qui, en thèse générale et suivant le droit commun de l'Europe, est valable en tout lieu s'il a été contracté suivant la forme locale. Nous savons que les lois de quelques peuples repoussent la légitimation par mariage subséquent, notamment les lois anglaises; nous savons aussi que selon nos lois mêmes, la femme française perd sa nationalité et devient *étrangère*, si elle épouse un étranger. La légitimation même stipulée en France serait sans force, au moins en Angleterre et à l'égard des parents du mari; nous savons enfin que ce n'est pas dans l'intérêt des père et mère que les législateurs ont, dans les pays où elle est reçue, établi la légitimation par mariage subséquent et qu'ils l'ont établie dans l'intérêt des enfants. Maintenant que voyons-nous de certain dans nos lois au sujet de cette législation? C'est l'article 333 : « Les enfants légitimés par le mariage « subséquent auront les mêmes droits que s'ils étaient nés de

« ce mariage. » — Ce sont donc des droits que la loi française a voulu leur faire acquérir. — A-t-elle donc voulu leur faire perdre le plus précieux de leurs biens? le bien auquel nous sacrifierions tous les autres? le bien auquel aucun de nos lecteurs français ne voudrait renoncer, la qualité de Français? Nous ne pouvons le penser. Rien ne le dit; rien ne le fait présumer. C'est un principe certain en droit, qu'on ne peut invoquer contre personne les droits établis spécialement en sa faveur! C'est un autre principe que les droits acquis ne peuvent se perdre que par un fait, une négligence, une omission, une faute ou un acte certain de la volonté de celui qui les perd. Or, qu'on nous signale où est la faute ou l'acte de volonté de l'enfant né Français, de par sa mère en pays étranger, dans le fait postérieur à sa naissance du mariage contracté par sa mère. D'ailleurs le Code a énuméré dans le chapitre IIdu titre Ier du livre 1er tous les cas où se perdrait la qualité de Français, et le juge n'y peut rien ajouter.

29. Du premier alinéa de l'article 10, passons au second, qui donne à « tout enfant né en pays étranger, d'un Français qui aurait perdu cette qualité, la faculté de TOUJOURS recouvrer cette qualité en remplissant les formalités prescrites par l'article 9; » et posons cette double question, qui n'en fait qu'une : Le second alinéa de l'article 10 s'étend-il aux enfants de la femme française qui a épousé un étranger? S'étend-il aussi aux enfants nés de cette femme en pays étranger, mais que son mariage avec leur père étranger a légitimés, comme on vient de le dire n° 27?

Pourquoi pas? — M. Alauzet écrit, il est vrai (n° 31 de son excellente dissertation) : « M. Demolombe, suivi par M. Dalloz, pense que cet article peut être invoqué par le fils d'une « Française qui a épousé un étranger. Je ne puis partager « cette opinion. C'est LA FILIATION PATERNELLE qui règle *exclusi-* « *vement* la nationalité dans la loi française; il est donc *sans* « *importance aucune* dans cette matière de savoir CE QU'ÉTAIT « OU CE QU'A ÉTÉ la mère. »

C'est parfait de style, de concision, de logique. M. Alauzet est un esprit aussi conséquent qu'exact, mais son point de départ est trompeur. *La filiation paternelle règle* EXCLUSIVEMENT *la nationalité dans la loi française!* Notre dissertation n'a pour

objet que de combattre une maxime si bien exprimée qu'elle deviendrait axiome si personne ne la réfutait.

Nous ne répéterons pourtant pas ce que nous avons dit jusqu'ici. Nous ajouterons seulement que si nous avons établi, notamment n° 20, que le Conseil d'État a fort bien saisi à la lecture du premier alinéa de l'article 10, que les mots « *d'un Français* « étaient l'expression d'un nom de genre, et qu'ils comprenaient même la femme française, non mariée, mais donnant le jour en pays étranger au fils d'un étranger, il est évident que pour le Conseil d'État, pour M. Tronchet, pour le second consul, qui venaient d'entendre ou de donner cette explication, les mêmes mots « l'enfant d'un Français, » dans le second alinéa qui venait d'être lu, avaient la même signification générique que dans le premier, et quoiqu'au masculin, y signifiaient à la fois l'enfant dont le père français avait perdu sa qualité de Français par une des causes déterminées aux articles 17 et 21 du Code civil, et l'enfant né en pays étranger de la femme française qui aurait perdu sa qualité de Française par son mariage avec l'étranger, cause déterminée par l'article 19.

30. Non, il n'en est pas ainsi : le principe absolu qui aurait limité à la filiation paternelle la cause de la nationalité, même pour les enfants naturels, eût été un principe nouveau.

Si les auteurs du Code civil eussent voulu l'établir, ils auraient écrit dans l'article 10, *né d'un* PÈRE *français;* et dans l'article 9, *né d'un* PÈRE *étranger*. Ils n'ont jamais textuellement exprimé d'une manière exclusive l'idée de *paternité*.

S'ils eussent voulu établir ce principe exclusif de la filiation paternelle, ils n'auraient pas donné un démenti à leur principe nouveau dès le début de l'article 9, en déclarant *Français* sous condition suspensive, l'enfant né en France d'un étranger, résidant ou voyageur. C'est une preuve de plus, que « *né d'un étranger* » y est employé génériquement et indéfiniment, et que ces mots sous-entendent « *ou d'une étrangère.* »

Pourquoi n'ont-ils jamais parlé expressément de *maternité* au titre *de la Jouissance des droits civils?* — Parce que ce titre ne s'occupait en rien ni de la constitution de la famille, ni de la légitimité, ni de la bâtardise. Ils ne considéraient les individus que comme nationaux ou comme étrangers : tel était l'uni-

que objet considéré *in abstracto* dans ce titre, sous les noms de genre, Français et Étranger.

Pourquoi n'ont-ils rien dit expressément des enfants naturels? — Parce que l'antique règle *matrem sequuntur* était aussi ancienne que les sociétés humaines.

31. Sans doute encore, parce que dans le plan du Code, les enfants naturels ne devaient être qu'une exception, et non l'objet d'une loi ou titre spécial. Après le désordre des mœurs du siècle précédent et la législation de la période révolutionnaire outrée en faveur des enfants naturels, le nouveau Code devait faire de sages efforts pour rehausser dans l'opinion publique le mariage et la famille légitime. Aussi n'a-t-il pas commis la faute de Justinien, qui, en plaçant dans son Code un titre exprès *De naturalibus liberis* (lib. V, tit. 27), avait fait du *concubinat* un sorte d'état civil licite, et presque un mariage d'un ordre inférieur. Le Code Napoléon s'est bien gardé de cette faute : il n'a pas voulu faire une loi ni un titre spécial des enfants naturels : il aurait craint de permettre ce qu'il n'avait pas la puissance d'empêcher, et a dû n'en parler qu'incidemment à des titres principaux qui règlent les droits de famille pour y créer, par voie d'exceptions en faveur de l'enfant naturel, certains droits qui lui étaient refusés avant 1789, et pour limiter la mesure de ces droits. Or, comme l'enfant naturel est Français de par ses père et mère, s'ils sont tous deux Français, il est certainement Français, si sa mère est Française et son père étranger; et comme en sa qualité de Français, il a la jouissance des droits civils en France, le Code n'avait rien à édicter sur lui d'une manière plus expresse que sur les enfants légitimes.

32. Revenons maintenant à la première partie de la double question posée en tête du § III. — Est-il vrai que, sous le Code civil pur, on ait dû appliquer l'article 9 du Code Napoléon à l'enfant *né hors mariage en France* d'une Française et d'un étranger, si cet étranger venait à reconnaître cet enfant pour sien? — D'après ce que nous avons écrit *n*os 26 *et suivants*, il nous semble qu'il faut répondre négativement.

Dans l'article 9, ainsi conçu : « Tout individu né en France d'un étranger, etc..., » les mots « d'un *étranger* » sont le nom

du genre; ils signifient l'étranger de l'un ou de l'autre sexe, ainsi que le signifient aussi les mots « l'étranger » dans les articles 11, 14 et 16.

Le législateur parle ici comme il a parlé dans l'article 10, en disant tout enfant né d'un Français..., ce qui comprend nécessairement les enfants illégitimes nés d'une Française en pays étranger. (V. n° 22.)

En effet, au titre ou dans la loi spéciale qui a pour objet unique de déterminer quels sont, ou quels peuvent être, les nationaux, quelles personnes jouiront des droits civils des Français, — mais sans déterminer en rien quels sont ces droits, — le législateur n'avait pas du tout à s'occuper de paternité, de maternité, de mariage (qu'autant qu'ils seraient une cause déterminante de l'acquisition ou de la privation de la qualité de Français comme on le voit dans les articles 12 et 19); c'est donc selon l'objet spécial de la loi (*secundum subjectam materiam*) qu'il s'est servi par opposition des termes « *Français* et *Étranger,* » et non pour dire que la loi française ferait dépendre toujours *de la paternité*, MÊME EN CAS DE BÂTARDISE, la nationalité de l'enfant. Si le législateur a parlé selon l'objet spécial de la loi, il faut donc nécessairement entendre génériquement ces mots « *d'un étranger*, » comme d'un individu étranger, quel qu'en soit le sexe.

Donc, le sens de l'article 9 est : 1° que contrairement à la loi étrangère, mais aux yeux de la loi française, l'enfant *légitime* qui naît en France à un étranger, résidant ou voyageur, est, comme le dit M. Merlin, *un Français commencé*, un Français sous condition, qui a le droit de réclamer la qualité de Français dans l'année de sa majorité;

2° Qu'il en est de même des enfants naturels qui naîtraient en France de deux étrangers, soit de même nation, soit de nations différentes, même quand il y aurait reconnaissance authentique du père étranger. La reconnaissance du père naturel ne peut nuire aux droits de l'enfant de réclamer la nationalité française, puisque la légitimité n'y est pas un obstacle dans le cas précédent.

3° Qu'il en faut dire autant de l'enfant naturel d'une étrangère, veuve ou fille, qui lui naîtrait en France, à l'égard duquel il ne surviendrait pas de reconnaissance de paternité;

5° Et que s'il survenait une reconnaissance de paternité

émanée d'un père étranger, elle ne pourrait nuire aux droits de l'enfant comme on vient de le dire sur la réponse 2°.

33. Mais que doit-on décider dans ces deux autres cas : L'enfant est né en France d'une étrangère, mais il est légalement reconnu par un Français? — L'enfant est né en France d'une Française libre, mais d'un père étranger qui en a fait une reconnaissance légale. — Doit-on dans chacun de ces cas appliquer l'article 9?

Certainement non dans le premier cas. Le père est Français. Comme Français, il jouit des droits civils en France, il use donc dans l'acte de naissance, du droit civil de reconnaître son fils; l'enfant n'est plus le fils d'une étrangère seulement, il est de plus fils de Français; cette qualité lui suffit pour être lui-même *Français parfait*; il n'est plus soumis à l'article 9; et n'est plus soumis à faire de déclaration d'intention à sa majorité.

34. Il en est de même dans le second cas. L'enfant naît en France d'une Française libre. L'enfant suit la condition de la mère. Il naît Français. La reconnaissance que fera de lui un étranger doit-elle influer sur son état de Français? Nous avons examiné le même sujet au n° 26, relativement à la reconnaissance de paternité que ferait un étranger à l'égard de l'enfant naturel dont une fille ou veuve française serait accouchée en pays étranger, et nous avons cru devoir décider alors qu'au regard de la loi française, la reconnaissance du père étranger n'altérait nullement dans l'enfant la qualité de Français..... Il est évident que la nationalité de l'enfant naturel d'une Française né en France ne peut pas être de pire condition que la nationalité de l'enfant naturel né d'une Française en pays étranger : donc, cette espèce n'est pas comprise dans l'article 9.

35. Il y a des arrêts qui sont contraires à notre opinion, et nous nous faisons un devoir de l'avouer. On a cité (Voir Marcadé, *Revue critique, t.* III, *p.* 196) contre notre opinion un arrêt de la Cour de Douai du 19 mai 1835 (S., 36, 2, 98, pour le préfet du Nord contre Disant *dans une affaire de recrutement*). Cet arrêt décide qu'un enfant naturel légalement reconnu en 1812, par son père, Français de nation, habitant alors en France et mort en 1813, dans une localité qui n'a été distraite de la

France que par les traités de 1814, avait suivi la condition de son père, et était soumis au recrutement comme fils d'un père français, que la mort n'avait pu dénationaliser. — Ce qui n'est nullement contraire à notre opinion, puisque nous avons dit partout que la reconnaissance du père naturel FRANÇAIS communique *sa nationalité* à son fils. On a cité aussi un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 15 juillet 1840 (S., 1840, 1, 900; D., 1, 283; P., IIe vol. de 1840, p. 488, aff. *Correa de Serra*), d'autant plus topique contre notre sentiment qu'il s'est arrêté à l'article 9 du Code, sans examiner même l'effet d'un rescrit de légitimation accordé au père par le roi du Portugal; — et un arrêt de la Cour impériale de Caen, du 18 novembre 1852 (aff. Bariti., P., t. II de 1852, p. 535), qui n'avait pas à juger dans l'affaire si l'enfant naturel d'un étranger et d'une Française suivait la condition du père ou de la mère, d'autant plus que tous les faits s'étaient passés en Angleterre; mais qui avait à décider si un enfant naturel né *en Angleterre* d'un Anglais et d'une Française se trouvait légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère en Angleterre, où les lois défendent ce genre de légitimation comme contraire aux mœurs du pays : ce qui n'est point une question de personnalité du statut, mais la question de savoir si les effets d'un contrat de mariage peuvent s'étendre en France au delà de la portée qu'ils ont dans le pays où l'acte a été reçu.

36. Nous n'avons à examiner aucun de ces arrêts, parce que les renseignements manquent, que peu d'espèces sont bien connues, que les pièces et la procédure le sont encore moins, qu'on ne sait presque jamais parfaitement les moyens présentés et que, de compte fait, l'arrêt *Correa de Serra* est le seul qu'on nous puisse opposer. Ce n'est pourtant pas là notre principale raison. Depuis près de trente ans, les savants veulent que les étrangers jouissent en France du statut personnel qui les gouverne dans leur pays; ils veulent aussi que les étrangers, pères d'enfants naturels en France, jouissent des mêmes droits civils que les pères naturels français; ils ne veulent point distinguer le titre abstrait de la jouissance des droits civils des autres titres du Code Napoléon sur les droits de famille; ils invoquent la forme masculine de ce titre abstrait, où tous les noms sont noms génériques; ils appellent à

leur secours les lois des pays voisins, tandis que c'est avec les lois françaises et leur comparaison que nous devons expliquer nos lois. Nous avons cru devoir, au lieu d'une discussion de détail sur ces arrêts, et avant que de les indiquer, développer les raisons qui nous faisaient repousser leur autorité, et établir les principes que nous avons toujours regardés comme des vérités du droit français. Dieu veuille que nous ayons réussi à convaincre ! COIN-DELISLE.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DU 14 MAI 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

INTRODUCTION.

SOMMAIRE.

1. Généralités sur l'importance de la nouvelle loi du 14 mai 1864, relative aux ventes domaniales.
2. Omise dans la note du *Moniteur* du 30 mai.
3. Trois causes expliquent cette omission.
4. Texte primitif du projet de loi.
5. Nature de ses dispositions.
6. Amendement proposé par la majorité de la commission du Corps législatif.
7. Résistance du gouvernement, rejet de l'amendement par le Conseil d'État, et propositions de la commission contraires au projet de loi.
8. Discussion et rejet de l'article 2 du projet de loi par le vote du Corps législatif du 27 avril 1864.
9. Texte du projet modifié et voté sans discussion le 14 mai 1864.
10. Économie de cette loi nouvelle, dont l'article 1er, ajouté au projet primitif, est la seule disposition législative permanente.
11. Remarque sur le nouvel intitulé de la loi.
12. Objet de cette monographie.
13. Division en trois chapitres.

1. Parmi les lois dues à la longue session législative de 1864, la loi sur les ventes domaniales votée par le

Corps législatif le 14 mai, examinée le 26 par le Sénat au point de vue de la constitutionnalité, sanctionnée et promulguée le 1er juin, est l'une des plus dignes d'être remarquée. Sans être une loi populaire comme celle sur les coalitions ou celle sur les ouvriers des professions maritimes, elle mérite à de nombreux titres d'être étudiée sous le double rapport du passé qu'elle abroge et de l'avenir qu'elle va régler.

Les vifs et savants débats qui ont occupé la séance du Corps législatif du 27 avril et provoqué cette loi, appelaient naturellement l'attention sur ses dispositions.

Elle est venue résoudre une des plus importantes questions de droit administratif, jusqu'à ce jour controversée parmi les jurisconsultes et les publicistes; elle est venue modifier la pratique législative, gouvernementale et administrative, invariablement suivie en France à toutes les époques depuis le commencement du siècle; enfin elle ne se borne pas à régler l'une des parties les plus graves de la législation domaniale, elle s'élève en outre à la hauteur d'une disposition d'ordre constitutionnel en opérant une transaction équitable entre les prétentions contraires du Corps législatif, scrupuleusement jaloux de ses prérogatives, et du gouvernement, justement desireux de conserver en matière de domanialité les attributions exercées par le pouvoir exécutif sous tous les régimes antérieurs.

2. Aussi est-ce certainement par l'effet d'un oubli, que doit s'expliquer le défaut de mention de cette loi sur les ventes domaniales, parmi les plus importants projets de loi votés dans la session, qu'énumére la note insérée à la partie non officielle du *Moniteur* du 30 mai dernier sur les travaux de la session législative de 1864.

3. Trois causes expliquent peut-être cette omission et pourraient encore contribuer à laisser passer inaperçue d'une partie du public cette loi nouvelle, si elle n'était signalée à son attention.

Ces causes sont :

1° La manière imprévue dont la partie essentielle de la loi a été introduite dans le projet primitif qui ne contenait rien de pareil et n'était qu'une mesure de comptabilité;

2° La réunion dans la même loi, dans son état actuel, de dispositions d'ordres différents, les unes de législation fondamentale, les autres de simple exécution de règles financières;

3° Le vote sans discussion, par suite de l'accord préalablement établi entre le gouvernement et les différentes parties de l'assemblée, du nouveau projet de loi profondément remanié et contenant la nouvelle règle législative qui lui donne une importance exceptionnelle.

4. Il est nécessaire de rappeler les circonstances qui ont amené à l'improviste cette réglementation des conditions de la vente des immeubles domaniaux.

Le projet de loi n'était primitivement qu'une de ces nombreuses dispositions concernant les finances, qui, chaque année, doivent être demandées à la législature par application de nos principes constitutionnels sur le vote des recettes et des dépenses publiques. Ce projet, délibéré en séance du Conseil d'État du 24 décembre 1863, et dont MM. le général de division Allard, président de section, et Darricau, conseiller d'État, étaient chargés de soutenir la discussion devant les chambres, ne contenait que deux articles. L'article 1er ouvrait au ministre de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires. L'article 2 disposait qu'il serait pourvu à cette dépense au moyen des ressources que devait procurer l'aliénation des terrains et bâtiments militaires remis ou à remettre à l'administration des domaines et détaillés à l'état annexé au projet de loi [1].

5. Ainsi, l'article 1er contenait une ouverture de crédit par application de l'article 3 du sénatus-consulte du 21 décembre 1861, et l'article 2 accordait l'autorisation de faire emploi d'une somme, égale au crédit ouvert, à provenir d'aliénation

[1] Voici le texte du projet primitif, inséré au *Moniteur* du 12 mai 1864, moins l'état qui s'y trouvait annexé et qui a été conservé sans changement dans le nouveau projet de loi tel qu'il est reproduit plus loin.

Projet de loi tendant à ouvrir au ministre de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions pour acquisitions de terrains et travaux militaires.

Art. 1er. Il est ouvert au ministre secrétaire d'État de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires.

Art. 2. Il sera pourvu à cette dépense au moyen des ressources que procurera l'aliénation des terrains et bâtiments militaires détaillés dans l'état ci-annexé.

d'immeubles domaniaux; cette autorisation d'emploi du prix de vente est nécessaire en vertu des prescriptions du même sénatus-consulte, de l'ordonnance du 14 septembre 1822 (art. 3) et du décret du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique (art. 43).

Le gouvernement se bornait donc à solliciter du Corps législatif l'ouverture d'un crédit de 2 millions et l'autorisation d'y employer le prix à provenir de certaines aliénations domaniales; mais il ne demandait pas l'autorisation d'effectuer ces aliénations, se considérant comme investi du droit d'aliéner ces portions du domaine de l'État, sans intervention spéciale du pouvoir législatif.

Tel était le projet primitif, conforme à tous ceux de même nature, présentés chaque année aux chambres sous l'empire de chacune des Chartes et Constitutions qui se sont succédé en France depuis l'année 1800.

En cet état, le projet ne contenait aucune disposition destinée à prendre place dans l'ensemble de notre législation d'une manière durable et permanente.

6. La majorité de la commission du Corps législatif chargée d'examiner ce projet de loi souleva une question de principe de la plus haute gravité.

Elle reconnaissait unanimement l'utilité des travaux à faire, l'avantage des aliénations projetées et de l'emploi de fonds demandé, mais elle prétendait que les aliénations elles-mêmes devaient être autorisées par la loi. Elle niait au gouvernement le droit de vendre des immeubles domaniaux sans une autorisation législative spéciale et proposait à l'article 2 du projet de loi un amendement ayant pour but de donner dans l'espèce cette autorisation [1].

La commission pensait qu'aux termes de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 (art. 8), une loi était toujours nécessaire pour vendre un immeuble du domaine de l'État.

7. Les commissaires du gouvernement, s'appuyant sur les lois des 15 et 16 floréal an X et 18 mai 1850, et sur une pra-

[1] L'amendement proposé consistait à modifier ainsi qu'il suit la rédaction de l'article 2 :

« Art. 2. Il sera pourvu à cette dépense au moyen des ressources à pro-« venir de la vente de terrains et bâtiments militaires détaillés dans l'état ci-annexé, *et dont l'aliénation est autorisée par la présente loi.* »

tique constante de plus de cinquante ans, étaient d'un avis contraire.

Le Conseil d'État ayant refusé d'adopter l'amendement, la majorité de la commission par l'organe de son rapporteur, M. de Voize, proposa au Corps législatif de rejeter l'article 2 du projet de loi, tout en reconnaissant l'utilité du crédit, des aliénations dont il s'agissait et de l'emploi de fonds demandé.

8. C'est en ces termes et à l'occasion d'une loi de comptabilité, que le principe de l'intervention législative en matière de ventes domaniales a été nettement posé devant le Corps législatif dans la séance publique du 27 avril. Après une discussion approfondie entre MM. de Voize, rapporteur de la commission, Rouland, ministre présidant le Conseil d'État, Rouher, ministre d'État, Segris et Berryer, l'article 2 du projet de loi fut rejeté par 134 voix contre 113. En conséquence de ce rejet prononcé par le Corps législatif, l'article 2 du projet se trouva renvoyé à la commission.

9. Ce fut alors que le projet de loi reçut un article nouveau, n'ayant rien de transitoire, n'étant pas comme les autres une disposition d'espèce et d'application, mais contenant une règle législative fondamentale.

Par suite des incidents qui viennent d'être rappelés, ce projet de loi, dans sa seconde rédaction, tel qu'il a été voté, sans discussion nouvelle, par le Corps législatif, dans la séance du 14 mai 1864[1], par 214 voix contre 10, contient deux ordres de dispositions.

[1] Voici le texte entier de la loi :

Loi qui, 1° règle le mode d'aliénation des immeubles domaniaux ; 2° ouvre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires.

Art. 1er. Continueront à être vendus aux enchères publiques, dans les formes déterminées par les lois des 15 et 16 floréal an X, 5 ventôse an XII et 18 mai 1850, les immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Toutefois l'immeuble, qui, en totalité, est d'une valeur estimative supérieure à un million, ne pourra être aliéné, même partiellement ou par lots, qu'en vertu d'une loi.

Art. 2. Il est ouvert au ministre de la guerre, sur l'exercice 1864, un crédit de 2 millions, pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires.

Art. 3. Il sera pourvu à cette dépense au moyen des ressources que pro-

10. L'article 1er forme seul la disposition de droit nouveau dont nous avons annoncé l'importance de premier ordre, et

curera l'aliénation des terrains et bâtiments militaires détaillés dans l'état ci-après.

État des immeubles devenus inutiles au département de la guerre et dont l'aliénation sera commencée en 1864.

PLACES.	DÉSIGNATION DES IMMEUBLES.	DATE DE LA REMISE au domaine.
	1° IMMEUBLES REMIS ET NON ENCORE VENDUS.	
Paris (riv. g.).	Boucherie des Invalides (partie retranchée), déduction faite des matériaux déjà vendus.	31 janv. 1861.
	Caserne Sully.	29 janv. 1861.
	Caserne Picpus et jardin y attenant.	Id.
	Terrain dit des Tourelles de Belleville.	30 janv. 1861.
Paris (riv. d.).	Partie des anciens ouvrages de Rouvray.	31 janv. 1861.
	Maison et terrain provenant des anciens ouvrages de Rouvray.	20 avril 1861.
	Terrain retranché de la caserne de la Pépinière	12 août 1859.
Calais.	Parcelle de terrain pour l'extension de l'Abattoir	26 avril 1862.
	Partie du lot n° 89 des terrains militaires.	10 janv. 1861.
Sedan.	Partie du terre-plein de la corne 24 et lie de la Sorille.	5 mai 1862.
	Parcelles de terrains occupés par des bâtiments particuliers.	7 août 1862.
Lunéville.	Terrain le long du canal.	3 nov. 1860.
Strasbourg.	Caserne vieille des Ponts-Couverts.	4 oct. 1860.
	Ecuries de la place d'Armes E, P.	30 mai 1862.
Lauterbourg.	Pavillon du Génie, côté 53.	20 avril 1861.
	Manutention, 54.	Id.
	Terrains du Précipice.	Id.
Marseille.	Partie libre de l'ancienne batterie d'Arenc.	7 avril 1862.
	612 mètres de terrains redus par la ville.	Id.
La Rochelle.	Ferme de Marillac à la pointe des Minimes.	27 déc. 1860.
Granville.	Ilot des Hugenans.	21 nov. 1862.
Saint-Malo.	Emplacement de la redoute du sillon.	25 mai 1863.
Poitiers.	Partie de l'établissement G de l'arsenal.	16 févr. 1861.
	Partie de la caserne F des Pénitentes.	Id.
Ajaccio.	Tour des Génois.	25 avril 1861.
Bastia.	Couvent Saint-Antoine.	18 déc. 1862.
Cervione.	Poste de Prunelli.	26 janv. 1860.
Calvi.	Mur déclassé de la basse ville.	24 févr. 1862.
	2° IMMEUBLES A REMETTRE EN 1863 OU 1864.	
Paris (riv. d.).	Caserne de l'Ave-Maria.	
	Anciens ouvrages de fortifications le long des canaux de l'Ourcq et de Saint-Denis.	
Dunkerque.	Partie de la ferme des Criques.	
Brest.	Ancienne manutention de Saint-Renan.	
Port-Louis.	Emplacement des lignes de Loc-Malo.	
Moutiers.	Emplacement et matériaux de la caserne.	
Ile de Ré.	Terrain dépendant du fort Laprée.	

RÉCAPITULATION.	MONTANT de l'évaluation contradictoire.
Immeubles remis.	1,159,739
Immeubles à remettre.	1,063,980
Total général.	2,223,719

qui doit faire l'objet de cette étude. Le rapport supplémentaire, fait par M. de Voize au nom de la commission et inséré au supplément du *Moniteur universel* du 29 mai (Corps législatif, annexe C, p. x), expose que c'est sur la proposition de M. le ministre d'État et de M. le ministre présidant le Conseil d'État, acceptée par la commission, traduite en amendement et adoptée par le Conseil d'État, que cette nouvelle disposition, destinée à régler à l'avenir les ventes domaniales, est devenue l'article 1er du projet.

Les articles primitifs 1 et 2 ont pris les nos 2 et 3, et le tableau primitif a été annexé au projet ainsi modifié et voté sans changement. Ce sont là les dispositions de second ordre contenues dans la loi, celles qui dans le principe la formaient tout entière et n'offrent, au point de vue juridique, qu'un intérêt restreint, celui de l'application ordinaire des principes constitutionnels sur le vote des dépenses et des recettes.

11. L'intitulé de la loi a été également modifié, sur la proposition de la commission, d'accord avec le gouvernement; il indique nettement le double objet de la loi dans son dernier état et les deux sortes de dispositions qu'il contient par ces mots : « *Loi qui*, 1° *règle le mode d'aliénation des immeubles domaniaux; 2° ouvre, sur l'exercice* 1864, *un crédit de* 2 *millions pour acquisitions de terrains et travaux neufs dans les établissements militaires.* »

12. Tel a été l'enfantement imprévu de cette loi en ce qui concerne son article 1er, qui doit seul faire l'objet de cette monographie. Ce texte, à la fois si bref et si fécond en conséquences juridiques et pratiques, sera sans doute jugé digne d'être examiné et commenté au point de vue des traditions qu'il détruit, de la réglementation qu'il introduit dans la législation domaniale, ainsi que des nouveaux rapports qu'il crée entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif en cette matière.

13. Nous diviserons cette monographie en trois parties ou chapitres :

Dans la première, nous exposerons les principes généraux suivis en matière d'aliénation du domaine, dans l'ancien et dans le nouveau droit public de la France, ainsi que les règles du droit actuel propres aux divers modes d'aliénation du domaine de l'État, et surtout à la vente.

Dans la seconde, nous exposerons, en ce qui concerne la difficulté qu'elle a eu pour objet de régler, l'état de choses auquel la loi du 14 mai 1864 a été substituée. Ce sera l'examen de la législation antérieure sur le point capital qui fait l'objet de la loi nouvelle; ce sera l'exposé de l'interprétation qu'elle comportait et de la controverse dont elle était l'objet, avec l'histoire des ventes domaniales accomplies depuis le commencement du XIXe siècle jusqu'en 1864.

Dans le troisième chapitre, nous donnerons l'exégèse approfondi de la loi nouvelle dans toutes ses applications.

CHAPITRE Ier.

PRINCIPES DE L'ANCIEN ET DU NOUVEAU DROIT PUBLIC DE LA FRANCE EN MATIÈRE D'ALIÉNATION DOMANIALE.

SOMMAIRE.

14. Division de ce chapitre en deux sections.

14. Nous diviserons ce premier chapitre en deux sections : dans la première, nous exposerons rapidement les principes généraux de la domanialité avant et depuis 1789; dans la seconde, nous expliquerons les règles propres aux divers modes d'aliénation du domaine, et surtout à la vente, dans notre droit actuel. C'est dans cette seconde section que nous déterminerons la difficulté qui a donné lieu au conflit du 27 avril, et provoqué la loi nouvelle; nous y fixerons l'objet précis de cette loi et critiquerons l'intitulé qui lui a été donné.

SECTION Ire.

Principes généraux de la domanialité avant et depuis 1789.

SOMMAIRE.

15. Principe de l'ancienne monarchie, qui faisait désigner toutes les dépendances domaniales quelles qu'elles fussent sous le nom de *domaine de la couronne*.
16. Motifs de l'introduction du principe de l'inaliénabilité du domaine de la couronne.
17. Son origine.
18. Ordonnance du domaine de 1566.
19. Violations et applications du principe jusqu'à 1789.

20. Applications par l'Assemblée constituante de ce principe de l'ancienne législation.
21. Principes du nouveau droit public en matière de domanialité, déposés dans la loi des 22 novembre-1er décembre 1790; division du *domaine national* en trois parties.
22. Du domaine de la couronne dans le droit actuel.
23. Du domaine public.
24. Son inaliénabilité et son imprescriptibilité.
25. Du domaine de l'État.
26. Il est aliénable et prescriptible.
27. Nouvelle idée d'économie politique, émise par l'Assemblée constituante sur l'utilité des aliénations domaniales.
28. Transition des principes généraux aux règles des aliénations domaniales dans le droit actuel.

15. Sous l'ancienne monarchie, les éléments divers qui composent aujourd'hui les différentes parties du domaine national étaient réunis et confondus sous le nom de *domaine de la couronne*. C'était une conséquence du principe monarchique, qui, dans le droit public antérieur à la Révolution française, sous l'apparence d'*un saint et patriotique mariage de la nation et du roi*, absorbait la nation dans la personnalité du souverain, et ne reconnaissait pas au pays lui-même de propriété qui ne fût celle du roi. Cependant, vers le milieu du XVIIIe siècle, certains parlements, en ce qui concerne, non l'ensemble des biens du domaine de la couronne, mais quelques-uns d'entre eux, formulèrent l'idée féconde et vraie, que la royauté se trouvait investie moins d'un droit de propriété que d'un simple droit de garde et de surintendance.

16. Quoi qu'il en soit, les rois exerçaient, dans les premiers temps de la monarchie, un pouvoir absolu de disposition sur les dépendances du domaine. De nombreuses aliénations étaient obtenues de leur faiblesse ou de leur libéralité. Le danger était grave, car les impôts établis étaient insuffisants pour couvrir les charges publiques, dans un système financier où les propriétés de la noblesse et du clergé en étaient affranchies, et où le mode de perception des revenus publics au moyen des fermiers généraux avait pour conséquence d'amoindrir leur produit. Le domaine était alors destiné, entre les mains de la royauté, à donner les ressources nécessaires pour couvrir une notable partie des charges de l'État.

Il était donc indispensable d'opposer une entrave aux entreprises et aux prodigalités de l'omnipotence royale. Telle fut

la raison d'être du principe de l'inaliénabilité du domaine de la couronne.

17. Proclamé dès l'année 1318, dans une ordonnance du roi Philippe le Long, qui prononce la révocation de tous les dons faits par ses prédécesseurs à partir de saint Louis, ce principe fut rappelé par presque tous les rois de France, et, il faut bien le reconnaître, violé par chacun d'eux. François Ier notamment, de la même main qui signait l'édit du 30 juin 1539, déclarant le domaine inaliénable et annulant les dispositions qui en avaient été faites en violation du principe, consentit et signa de nombreux actes de ventes, et surtout de libéralités.

18. Aussi le principe de l'inaliénabilité n'est-il définitivement entré dans le droit public de l'ancienne monarchie que par la célèbre *ordonnance du domaine*, donnée à Moulins en février 1566, par le roi Charles IX, sous les inspirations du chancelier Michel de L'Hôpital, et enregistrée au parlement de Paris le 13 mai 1566.

Un autre édit du même jour faisait exception relativement aux biens du *petit domaine;* sauf cette réserve, assez restreinte et mal conçue, tout le domaine de la couronne indistinctement était dit inaliénable et imprescriptible, sauf pour frais de guerre, moyennant deniers comptants et sous la faculté de rachat perpétuel, et pour l'apanage des puînés des rois de France, avec condition de retour en cas de décès sans enfants mâles.

19. Ce n'est pas à dire qu'à partir de 1566 et de l'ordonnance de Moulins il n'y eut plus d'autres aliénations de propriétés domaniales. L'histoire démontre le contraire; cette vérité résulte du soin avec lequel presque tous les rois de France, jusqu'à Louis XIV, par l'édit d'avril 1667, préparé par Colbert, et même jusqu'à Louis XVI, par l'arrêt du conseil du 14 janvier 1781, proclamèrent de nouveau le principe et l'appliquèrent en annulant les dispositions émanées de leurs prédécesseurs, ou même en les maintenant provisoirement, à titre de concession temporaire pour la durée du règne.

Mais le principe, malgré les atteintes qu'il recevait sans cesse, était profondément entré dans le droit public de la monarchie. Il était devenu l'une des conditions constitutionnelles de l'ancien régime, le contre-poids nécessaire de l'omnipotence royale. Dargentré, sous le règne du pouvoir absolu, avait pu l'appeler *sacrosancta lex quæ reges ipsos astringit.*

La recherche, entre les mains de leurs détenteurs, des biens domaniaux indûment possédés, et leur revendication, étaient devenues l'une des principales attributions des procureurs généraux près les parlements, et l'accomplissement de cette tâche fut l'une des gloires de d'Aguesseau.

20. Aussi l'Assemblée constituante de 1789 se trouva-t-elle armée d'un droit incontestable pour ordonner équitablement cette recherche avec une nouvelle activité et une toute autre énergie, en raison de la nullité dont toutes les aliénations domaniales faites depuis 1566 étaient frappées, en vertu de l'ancien droit lui-même. Ce fut l'objet de nombreuses dispositions[1] de la grande loi domaniale dont nous allons exposer les principes; et les recherches du domaine, à l'encontre des aliénations de l'ancien régime, ont pu se poursuivre jusqu'en 1829, terme extrême fixé à ces recherches par la loi du 12 mars 1820.

21. Mais ce n'était pas assez d'appliquer aux aliénations faites dans le passé, en violation du principe d'inaliénabilité, les prescriptions des lois de l'ancien régime; la Révolution française devait changer, en cette matière, toutes les bases de la législation antérieure, désormais incompatibles avec le nouveau droit public de la France.

La nation, rentrée en possession d'elle-même, recouvre aussi ses droits sur son domaine. Le domaine de la couronne devient le *domaine national*; il appartient à l'universalité de la nation française. L'Assemblée constituante, après quelques déclarations antérieures, fixe définitivement les nouveaux principes de la législation domaniale dans la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, votée au rapport du député Enjubault au nom du comité des domaines.

Désormais le domaine, devenu *le domaine national*, se divise (aux termes de cette loi, combinée avec les dispositions du Code Napoléon et des lois politiques et administratives ultérieures), en trois portions distinctes, soumises chacune à un régime différent : le *domaine public*, le *domaine de l'État* et le *domaine de la couronne*.

22. Le *domaine de la couronne* n'est plus qu'une portion du domaine de l'État, qui en est détachée au commencement de chaque règne, pour être affectée à la jouissance du chef de

[1] Articles 13, 14, 23, 24, 25, 28.

l'empire à titre de dotation mobilière et immobilière. C'est au Sénat que la Constitution du 14 janvier 1852 attribue, conformément aux traditions, le droit de déterminer la composition de cette dotation et de fixer ou modifier les règles qui la régissent. Le sénatus-consulte du 12 décembre 1852 (art. 7) n'a fait que reproduire le principe invariablement écrit dans les actes constitutionnels antérieurs, en proclamant l'inaliénabilité et l'imprescriptibilité des dépendances immobilières et même mobilières du domaine de la couronne.

23. Le *domaine public* national se compose, d'après l'article 2 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 et l'article 538 du Code Napoléon, « de toutes les portions du territoire français « qui ne sont pas susceptibles de propriété privée. » Ses principales dépendances sont les routes impériales, les fleuves et rivières navigables, les rivages de la mer, les ports, havres et rades, les chemins de fer.

L'un des caractères distinctifs[1] du domaine public est, d'après nous, d'être affecté à la jouissance commune, directe et libre du public, c'est-à-dire de l'universalité des individus qui se trouvent sur le territoire, nationaux ou étrangers, de manière qu'ils puissent en user par eux-mêmes et sans entrave, pour leurs occupations, leurs affaires, leurs devoirs ou leurs plaisirs.

Certaines dépendances du domaine public peuvent ne pas présenter ce caractère, et être affectées, non pas à un usage, mais à un service public, avec ou sans accès du public, telles que les forteresses consacrées au premier de tous les services, celui de la défense nationale; mais alors il faut un texte formel, tel que l'article 540 du Code Napoléon, pour attacher à ces sortes de biens les priviléges de la domanialité publique.

24. Toutes les dépendances du domaine public sont inaliénables (Code Nap., art. 538 et 1598) et imprescriptibles (Code Nap., art. 2226). Insusceptibles de propriété privée, elles sont également insusceptibles de tout démembrement de propriété et de tout droit réel. En un mot, elles sont frappées de l'indisponibilité la plus complète et la plus absolue. Une loi même ou un sénatus-consulte seraient également impuissants à aliéner

[1] Nous avons établi toutes les conditions constitutives et les effets de la domanialité publique, dans une monographie, en cours de publication, sur les *Édifices publics d'après la législation civile, administrative et criminelle*, pages 6, 42, 50 et suivantes.

une portion quelconque du rivage des trois mers qui baignent les côtes de France, d'un fleuve ou d'une route impériale tant qu'elle conserve son affectation déterminée et son caractère légal.

Ces règles du *domaine public national*, le seul dont nous venons de parler, sont également applicables au *domaine public départemental* et au *domaine public communal*, soumis aux mêmes principes, jouissant des mêmes prérogatives, mais étrangers à l'objet de ce travail.

25. La troisième et dernière partie du domaine national est le *domaine de l'État*, appelé aussi *domaine privé de l'État* ou *domaine de l'État proprement dit*. Nous avons déjà dit que c'est d'une portion distraite de ce domaine qu'est composée la dotation de la couronne.

Le domaine de l'État contient des élément analogues à ceux dont est formée la fortune des citoyens. Tandis que l'État n'a sur le domaine public qu'un droit de garde et de surintendance pour le compte de la société française; tandis qu'il n'a que la nue propriété du domaine de la couronne, il a la pleine propriété de son domaine privé. Il le possède propriétairement, suivant l'expression employée par quelques auteurs. Il le gère d'après certaines règles spéciales, déterminées par la loi; il l'emploie, selon les circonstances, soit pour en tirer des revenus, soit pour en tirer des avantages d'une autre nature en évitant des dépenses nécessaires.

26. La loi domaniale de l'Assemblée constituante, et le Code Napoléon qui a suivi cette donnée d'une façon plus complète et plus radicale, refusent au domaine de l'État les priviléges de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité (Code Nap., art. 541 et 2227). Les biens qui le composent ne sont plus placés en dehors du commerce; ils sont accessibles à l'appropriation privée, soit en ce qui concerne le droit de propriété lui-même, soit en ce qui concerne ses divers démembrements; l'État ne les possède qu'à titre privé, non comme puissance publique, mais comme personne morale ou civile.

Ainsi, des trois portions du domaine national, le domaine de l'État est seul disponible; seul il est susceptible d'acquisition par voie de prescription; seul il peut être aliéné directement.

27. Il y a plus; non seulement l'Assemblée constituante réagissant contre l'ancien principe de l'inaliénabilité, permet

l'aliénation des biens composant le domaine de l'État, mais encore elle dépose dans le préambule même de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790[1] l'expression solennelle d'une idée économique nouvelle et féconde, qui révèle la pensée du législateur, en même temps qu'elle explique et justifie toutes les aliénations domaniales faites depuis cette époque jusqu'à nos jours; c'est qu'il n'est pas bon que l'État possède longtemps de simples propriétés foncières; qu'il est convenable, utile et sage, non-seulement d'en permettre, mais même d'en provoquer la vente. Il y a intérêt pour tous à ne pas laisser frapper d'une stérilité relative entre les mains de l'État des biens, qui, livrés par des aliénations à l'industrie privée, deviendraient plus productifs.

Le préambule de la loi des 22 novembre-1er décembre s'exprime de la manière suivante :

« Considérant que le produit du domaine est aujourd'hui trop « au-dessous des besoins de l'État pour remplir sa destination « primitive ; que la maxime de l'inaliénabilité, devenue sans « motifs, serait encore préjudiciable à l'intérêt public, puisque « les possessions foncières, livrées à une administration géné- « rale, sont frappées d'une sorte de stérilité, tandis que, dans « la main de propriétaires actifs et vigilants, elles se fertilisent, « multiplient les subsistances, animent la circulation, l'indus- « trie, et enrichissent l'État. »

28. Tels sont les principes généraux de la domanialité dans le nouveau droit public de la France à partir de la Révolution française. Mais il ne suffisait pas de proclamer la faculté d'alié-

[1] Déjà l'Assemblée constituante, quelques mois auparavant, avait proclamé les mêmes vérités économiques et rationnelles dans la loi des 25 juin et 9 juillet 1790, ainsi conçue :

« L'Assemblée nationale, considérant que l'aliénation des domaines nationaux est le meilleur moyen d'éteindre une grande partie de la dette publique, d'animer l'agriculture et l'industrie, et de procurer l'accroissement de la masse générale des richesses par la division des biens nationaux en propriétés particulières, toujours mieux administrées, et par les facultés qu'elle donne à beaucoup de citoyens de devenir propriétaires, a décrété ce qui suit :

« Art. 1. Tous les domaines nationaux autres que ceux dont la jouissance aura été réservée au roi, et les forêts sur lesquelles il sera statué par un décret particulier, pourront être aliénés en vertu du présent décret, et conformément à ses dispositions, l'Assemblée nationale réservant aux assignats-monnaie leur hypothèque spéciale. »

par le domaine de l'État, il fallait encore déterminer les divers modes d'aliénation du domaine, leurs conditions et leurs formes. C'est ce que firent également et d'une manière successive l'Assemblée constituante et les législatures subséquentes. L'examen de cette partie de la législation française doit faire l'objet de la section suivante.

SECTION II.

Des divers modes d'aliénation du domaine de l'État, et principalement de la vente.

SOMMAIRE.

29. Trois modes d'aliénation du domaine de l'État.
30. L'échange.
31. La concession.
32. La vente; formes essentielles des ventes administratives.
33. Nature des actes de ventes domaniales.
34. Du jugement des difficultés relatives à l'interprétation et à l'exécution de ces actes.
35. Cahier de charges.
36. Évaluation par experts et mises à prix.
37. Affiches et publications.
38. Du payement du prix d'adjudication et règles diverses.
39. Lois qui règlent les formes des ventes domaniales; la loi du 14 mai 1864 les maintient et n'est relative qu'au droit de procéder à la vente.
40. Art. 8 de la loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790, qui exige une loi.
41. Esprit de cette disposition.
42. Du droit qui appartient au pouvoir législatif de délégner au pouvoir exécutif l'attribution que lui confère l'article 8 de la loi de 1790; réfutation d'une proposition de M. Gaudry.
43. Suite; applications diverses de ce droit de délégation dans les lois antérieures, et dans la loi du 14 mai 1864.
44. Controverse sur le point de savoir si le droit de vendre directement les biens domaniaux, urbains et ruraux, avait été délégué au gouvernement.
45. Critique de l'intitulé de la loi du 14 mai 1864, laquelle n'est faite et n'était nécessaire que pour la vente des biens du domaine.
46. La forme des ventes administratives justifie une délégation qui n'existe pas pour l'échange et la concession.
47. Cette délégation est encore justifiée par les règles relatives à l'emploi du prix de vente.
48. Transition.

29. Il y a trois modes d'aliénation des dépendances du domaine de l'État : l'*échange*, la *concession* et la *vente*.

29. *L'échange* constitue à la fois pour l'Etat un mode d'acquisition et un mode d'aliénation. Il s'opère nécessairement de gré à gré, par voie de traité passé entre le ministre des finances stipulant au nom de l'État et le coéchangiste qui peut être un particulier, un département, une commune, un établissement public ou un établissement d'utilité publique. L'acte d'échange ne peut recevoir d'effet qu'autant que les clauses en ont été approuvées par une loi. Telle est la prescription formelle de l'article 18 de la loi de 1790; elle a toujours été suivie; jamais le législateur n'a fait, en ce qui concerne l'échange de biens domaniaux, de délégation de son droit.

31. La *concession*, peut être faite, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, d'après les conditions déterminées dans chaque espèce; elle peut constituer soit une vente à l'amiable, soit une donation. Ce mode est employé lorsque des considérations d'intérêt général exigent que l'aliénation soit faite au profit d'une personne déterminée, que cette personne soit un simple particulier ou une individualité morale ou civile, telle encore qu'un département, une commune, un établissement public ou un établissement d'utilité publique.

Une loi est nécessaire pour l'aliénation comme pour l'échange; mais il existe certaines dépendances du domaine de l'État pour lesquelles des lois générales sont venues déléguer au gouvernement le droit de faire des concessions par lui-même, sans qu'une loi spéciale doive autoriser chaque concession.

Tel est, à titre d'exemple, l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, portant que « le gouvernement *concédera*, aux conditions qu'il aura réglées, les marais, lais et relais de la mer, « les droits d'endiguement, les accrues, atterrissements et alluvions des fleuves, quant à ceux de ces objets qui forment « propriété publique ou domaniale. »

Tandis que l'échange est un contrat de droit commun, la concession est au contraire, ainsi que cela résulte des explications précédentes, un contrat *sui generis*, propre au droit administratif.

32. Le troisième mode d'aliénation du domaine de l'État, la *vente*, est un contrat de droit commun comme l'échange, si l'on ne considère que ses éléments constitutifs; mais sous le rapport des formes substantielles auxquelles sa réalisation est soumise, elle est un contrat propre au droit administratif.

La vente des immeubles domaniaux, d'après les lois successives de l'Assemblée constituante et des diverses assemblées de la Révolution, et dans le droit actuel, aux termes des lois des 15 et 16 floréal de l'an X dont il sera ultérieurement parlé, doit en effet avoir lieu sous la double garantie de la mise aux enchères avec publicité et concurrence. L'adjudication est faite par le préfet assisté du directeur des domaines du département ou par le sous-préfet assisté d'un membre de l'administration des domaines désigné par le directeur.

33. Le contrat est parfait et les parties sont liées par l'adjudication, à moins que l'approbation du ministre des finances n'ait été réservée par une clause du cahier des charges connue à l'avance, et tacitement acceptée par l'adjudicataire, qui, dans ce cas, est seul immédiatement lié, l'État ne devant l'être que par l'approbation ministérielle.

L'acte d'adjudication ainsi reçu appartient à la catégorie des *actes contractuels*, émanés de l'administration et reçus en la forme administrative, auxquels la loi des 23-28 octobre 1790, tit. 2, confère la force et les effets des actes authentiques.

34. Le jugement des difficultés contentieuses relatives à l'interprétation ou à l'exécution de ces actes est placé dans les attributions des conseils de préfecture par l'article 4 § 7 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII. La jurisprudence du Conseil d'État est constante sur ce point et monumentée par de nombreux arrêts, nonobstant quelques divergences dans la doctrine et un arrêt de la Cour de cassation du 8 janvier 1861 (Devilleneuve, 61, 1, 129).

Mais il faut remarquer que le conseil de préfecture n'est compétent que pour les ventes domaniales, qui font l'objet exclusif de ce travail, c'est-à-dire celles dans lesquelles c'est une partie du domaine national qui est vendue et où l'État joue le rôle de vendeur. Les contrats dans lesquels l'État achète sont, au point de vue du jugement des difficultés qu'ils soulèvent, soumis au droit commun des contrats, c'est-à-dire à la compétence des tribunaux judiciaires; la loi de l'an VIII cesse alors de s'appliquer; la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation (arrêt du 30 janvier 1860, Devilleneuve, 61, 1, 91) sont d'accord sur ce point.

35. La vente a lieu sur un cahier des charges qui doit, aux termes de l'art. 12, § 1 (rapporté ci-dessous, n° 110), de la loi du

18 mai 1850, être approuvé par le ministre des finances. Le cahier des charges, connu de l'adjudicataire, contient les conditions de la vente et forme la loi des parties. En vertu de la loi de 1850, le ministre des finances a arrêté le 19 juillet 1850 un modèle général de cahier des charges[1]. C'est sur ce modèle que les directeurs des domaines des départements rédigent le cahier des charges de chaque vente.

36. La mise en vente doit être précédée d'une estimation de l'immeuble à vendre, faite par experts. L'article 105 de la loi du 5 ventôse an XII, en ordonnant l'exécution des lois de l'an X, a fait disparaître le mode d'évaluation de 1790 que ces lois consacraient; il porte (*voir* n° 102) que les mises à prix seront fixées a vingt années de revenu et à douze années pour les maisons, bâtiments et usines. Mais ce n'est là qu'une base d'évaluation pour le procès-verbal d'expertise.

37. Des affiches désignant l'immeuble à vendre, annonçant le jour et le lieu de la vente, doivent être apposées au lieu de la situation des biens et au lieu où se fait l'adjudication. Des instructions prescrivent aux directeurs des domaines d'adresser ces affiches à l'administration centrale chargée de surveiller toutes les aliénations domaniales. L'annonce de la vente est aussi l'objet de publications successives faites de quinzaine en quinzaine, l'adjudication ne pouvant avoir lieu qu'un mois après la dernière publication.

38. Depuis et en vertu de l'article 12 de la loi du 18 mai 1850 (*voir* n° 111), abrogeant sous ce rapport les lois de l'an X et de l'an XII, les prix d'adjudication sont payables à partir de l'entrée en possession des acquéreurs, de la manière et dans les délais fixés par le cahier des charges, approuvé par le ministre des finances. Aux termes de l'article 19 du modèle général de cahier de charges du 19 juillet 1850, l'adjudicataire a, pour remplir les formalités préalables à son entrée en possession, un délai d'un mois pendant lequel il ne paye pas d'intérêt.

L'article 9 de la loi du 15 floréal de l'an X autorise les préfets à exiger des adjudicataires dont la solvabilité n'est pas connue, bonne et suffisante caution.

[1] Il se trouve dans le *Recueil des instructions domaniales*, à la suite de l'instruction du 1er août 1850, n° 1860, ladite instruction faite elle-même en raison de la décision ministérielle du 11 juin 1850, rendue en exécution de l'article 12 de la loi du 18 mai 1850.

Toutes les formalités protectrices des droits de l'État dans les ventes domaniales sont remplies à la diligence des directeurs des domaines et sous la surveillance de l'administration centrale. Mais pour l'accomplissement de l'opération elle-même, c'est le préfet qui est exclusivement investi du caractère de représentant officiel de l'État. Par la loi du 15 brumaire an V, les administrations départementales avaient reçu cette attribution, et ce titre légal a été maintenu et consacré par les lois ultérieures entre les mains des préfets.

39. Telles sont les formes des ventes domaniales, ainsi qu'elles résultent de la combinaison des lois des 15 et 16 floréal de l'an X, 5 ventôse de l'an XII et 18 mai 1850 (art. 12). La loi nouvelle du 14 mai 1864 les maintient expressément.

Mais indépendamment des formes de la vente domaniale, il y a les conditions de sa réalisation. Pour qu'une dépendance du domaine de l'État puisse être mise en vente avec les formalités décrites, faut-il que cette vente soit ordonnée ou autorisée? Une loi est-elle nécessaire pour permettre cette mise en vente? Faudrait-il un décret impérial? ou bien une simple décision du ministre des finances devra-t-elle suffire? C'est à ce point essentiel, dont nous allons exclusivement nous occuper désormais, que se réfère la loi nouvelle.

40. L'Assemblée constituante n'avait permis les ventes domaniales qu'en vertu d'une loi. Pour la vente, ainsi que pour l'échange et la concession, elle avait stipulé l'autorisation législative comme condition de l'aliénation permise.

L'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790[1] est conçu de la manière suivante :

« Les domaines nationaux et les droits qui en dépendent « sont et demeurent inaliénables, sans le consentement et le « concours de la nation ; mais ils peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un décret « formel du Corps législatif, sanctionné par le roi, en observ-

[1] Antérieurement à cette loi, quelques mois auparavant, l'Assemblée constituante avait déjà posé le principe dans la loi des 9 mai-21 septembre 1790, portant :

« Art. 1er. — Tous les domaines de la Couronne, sans aucune exception, « peuvent, dans les besoins de l'État, être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable, en vertu d'un décret spécial des représentants de « la nation, sanctionné par le roi. »

« vent les formalité prescrites pour la validité de ces sortes d'a-
« liénations. »

Ce texte est, de l'aveu de tous, la base fondamentale de la législation en matière de vente domaniale.

41. Tout le monde reconnaît en outre que ce texte n'est en cette matière que l'application du droit commun, d'après lequel le propriétaire d'une chose a seul le droit de la vendre par lui-même ou par son représentant. C'est la nation qui seule est propriétaire du domaine; c'est pourquoi il a reçu le nom dans notre nouveau droit public de *domaine national*. Or le pouvoir législatif tout entier, avec les divers éléments constitutionnels appelés à concourir à son exercice, est seul investi du droit de représenter la nation ou l'État propriétaire du domaine; ces deux expressions, la nation ou l'État, étant ici complétement synonymes, comme embrassant l'universalité de la société française.

La loi spéciale d'autorisation qu'exige l'article 8 de la loi de 1790 n'est autre chose que la manifestation de volonté du propriétaire; c'est son consentement à la vente. Hommes d'État, publicistes, jurisconsultes, tous ont toujours été d'accord sur ce point.

42. Il est encore un autre point généralement admis : c'est que le pouvoir législatif, investi du droit d'autoriser les ventes du domaine aliénable, a pu ordonner d'une manière générale d'opérer ces ventes ou bien déléguer au pouvoir exécutif son droit d'apprécier le moment opportun pour la vente de chaque bien domanial.

Nous dirions que ce droit de délégation est incontesté, si nous ne lisions ce qui suit dans un savant auteur[1] : « Les au-
« torisations données au chef de l'État par la loi doivent être
« spéciales. Si donc, un jour, une autorité législative avait
« oublié les intérêts publics au point de revêtir le souverain
« du droit absolu d'aliéner le domaine de l'État, les aliéna-
« tions seraient toujours révocables, suivant le principe de
« notre droit public. »

Comme cet auteur approuve la délégation du droit de faire diverses concessions, donnée au pouvoir exécutif par l'article 41 de la loi du 16 septembre 1807, il ne paraît pas avoir

[1] M. Gaudry, *Traité du domaine* (1861), t. III, p. 11.

entendu proscrire la faculté de délégation d'une manière absolue, notamment en ce qui concerne les ventes domaniales s'appliquant à des catégories déterminées d'immeubles; il semble ne condamner que les délégations générales.

Le principe ainsi émis ne nous en paraît pas moins aussi contestable que dangereux. Une loi ne peut-elle pas toujours être abrogée ou modifiée par une autre loi? Pourquoi l'article 8 de la loi de 1790 aurait-il un autre sort? L'article 2227 du Code Napoléon n'a-t il pas modifié l'article 36 de cette même loi? Oublie-t-on d'ailleurs que, d'après son préambule les biens domaniaux sont principalement destinés à être vendus? Enfin ne voit-on pas quelle immense perturbation sociale pourrait résulter de l'admission de cette idée juridique, que les actes accomplis sous la foi d'une disposition législative puissent être nuls et révocables? Si une loi est inconstitutionnelle, il appartient au Sénat seul de la rejeter comme telle, en s'opposant à sa promulgation; mais dès là qu'une loi a subi cette épreuve, qu'elle a été sanctionnée et promulguée, il nous semble que tous les actes accomplis en exécution et sur la foi de cette loi ne peuvent être révoqués et annulés sans violer les principes les plus certains de la morale, de la justice et du droit!

43. Nul n'a jamais incriminé les délégations successives faites en 1792, en 1793, en l'an IV, en l'an V, en l'an VI, en l'an X et en l'an XII, dont il sera parlé tout à l'heure. C'est cependant une délégation du droit de vendre le domaine de l'État jusqu'à concurrence d'une somme déterminée qui se trouve dans la plupart de ces lois! C'est cependant une délégation générale du droit de vendre tous les biens du domaine de l'État, non régis par des lois spéciales, que de nombreux auteurs ont vue dans les deux lois de l'an X, que tous les gouvernements depuis le commencement du siècle y ont trouvée, que les ministres ont affirmée dans la séance du Corps législatif du 27 avril dernier; et personne n'a contesté le droit qu'aurait eu le législateur d'alors de consentir une telle délégation! On s'est toujours borné à soutenir que le texte de ces lois ne contenait pas cette délégation.

La loi nouvelle, qui, dans la séance du 14 mai 1864, a su réunir les suffrages des deux opinions produites en sens contraire sur l'existence des délégations antérieures, n'est elle-même autre chose que la consécration d'une délégation géné-

rale faite au gouvernement du droit de vendre, sans intervention législative, tous les immeubles domaniaux d'une valeur inférieure à un million, sauf ceux soumis à une législation spéciale.

Et le droit de consentir cette délégation que consacre une fois de plus la loi du 14 mai 1864, aucune voix n'a voulu et ne pouvait s'élever, ni pour le contester, ni pour le mettre en doute!

44. La seule question en litige entre les auteurs qui ont écrit sur ces matières, et dans la dernière session législative, entre la commission de la chambre et le gouvernement, était donc de savoir si cette délégation n'existait pas déjà dans la loi, en ce qui concerne la généralité des immeubles ruraux et urbains du domaine de l'État ne faisant pas l'objet de lois spéciales.

On ne saurait trop soigneusement constater que cette controverse n'existait pas relativement à chacun des trois modes d'aliénation, applicables au domaine de l'État. Elle ne s'élevait que relativement aux ventes domaniales. Aussi la loi nouvelle du 14 mai 1864 ne s'applique-t-elle qu'à ce mode d'aliénation.

45. Sous ce rapport il est permis de critiquer l'intitulé de la loi, qui par ces mots : *loi qui règle le mode d'aliénation des immeubles domaniaux*, semble annoncer un texte relatif aux divers modes d'aliénation dont ces biens sont susceptibles. Cette loi, au contraire, est étrangère aux deux autres modes d'aliénation dont nous avons ci-dessus décrit les règles, l'échange et la concession, qui ne doivent nullement être confondus avec la vente. On a vu que le principe de l'intervention législative s'applique également, d'après les lois de l'Assemblée constituante, à ces trois modes d'aliénation; mais ce n'est que pour les ventes de la généralité des biens domaniaux, moins les forêts et les immeubles affectés à un service public, qu'il a été soutenu que le législateur, dans les années écoulées de l'Assemblée constituante au premier Empire, avait délégué au pouvoir exécutif le droit de les consentir sans une loi spéciale. Aussi la difficulté soulevée au sein du Corps législatif, en avril 1864, ne portait que sur ce point, et l'article 1er de la loi du 14 mai a pour objet exclusif de régler cette difficulté.

Cette vérité résulte non-seulement des débats, du vote du 27 avril, et du rapport supplémentaire de la commission du Corps législatif, mais encore des expressions employées dans le

texte lui-même. Le § 1er de l'article porte : « continueront à être vendus ; » ces expressions parfaitement précises rectifient celles plus larges de *mode d'aliénation*, introduites dans l'intitulé de la loi. Il est vrai que le mot *aliéné* reparaît dans le § 2 de l'article ; mais il y est évidemment employé dans un sens restreint comme synonyme du mot *vendu* ; la signification du § 2 est fixée sous ce rapport par le § 1er.

46. Il y a du reste, entre les trois modes d'aliénation des biens du domaine, une différence profonde, propre à déterminer le législateur à consentir plus facilement la délégation de son droit pour les ventes, que pour l'échange et la concession. Nous avons dit quelles sont les formes de la vente des biens du domaine, à savoir, celles de l'adjudication, avec publicité et concurrence aux enchères. Cette garantie puissante protége le domaine contre la possibilité de ces dispositions gratuites ou dolosives, qui seraient autant d'actes de malversations, ayant pour but d'enrichir certains individus au détriment de l'État, et qui pourraient être à craindre dans l'échange et la concession. Ces derniers contrats échappent par leur nature, en effet, aux formes protectrices des ventes administratives ; et l'esprit comprend sans peine que le législateur ait pu faire pour les ventes domaniales, sans compromettre les intérêts de l'État, des délégations qu'il n'a jamais consenties pour l'échange, et qu'il n'a faites pour la concession que relativement à des catégories de biens plus rigoureusement déterminées.

47. Une garantie d'une autre nature vient encore justifier la délégation du pouvoir législatif au pouvoir exécutif du droit de consentir les ventes domaniales : c'est que les fonds provenant de ces ventes ne peuvent être employés par le gouvernement. Ils doivent être versés dans les caisses du Trésor pour accroître les ressources générales sans affectation spéciale à aucun service. C'est une application de ce principe fondamental de notre droit public, que la puissance législative peut seule autoriser à la fois les recettes et les dépenses de l'État. Cette application de ce principe a toujours été respectée ; elle se trouve actuellement formulée dans l'article 43 du décret impérial du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique, qui mérite bien d'être appelé le Code de la comptabilité française. L'emploi du prix de vente ainsi déposé dans la caisse du Trésor ne peut être fait qu'en vertu de crédits régu-

lièrement ouverts par les lois de finances (V. les textes cités au n° 5).

48. Il était nécessaire d'avoir présent à l'esprit l'ensemble de ces principes généraux de la domanialité, de ces règles propres à chaque mode d'aliénation, pour saisir les divers éléments de la législation antérieure à la loi du 14 mai 1864 sur le point que cette loi a eu pour but de résoudre, et pour comprendre cette loi elle-même.

CHAPITRE II.

ÉTAT DE CHOSES ANTÉRIEUR A LA LOI DU 14 MAI 1864 ET QU'ELLE A POUR OBJET DE REMPLACER.

SOMMAIRE.

49. Objet de ce chapitre.
50. Division en quatre sections.

49. Nous avons dit que le seul point controversé dans la partie de la législation domaniale relative aux aliénations du domaine, était celui de savoir, si, de l'Assemblée constituante au premier Empire, le pouvoir législatif avait délégué au pouvoir exécutif, le droit général de *vendre* directement, c'est-à-dire sans une loi spéciale, les biens du domaine de l'État, autres que les forêts et les immeubles affectés à un service public.

C'est cette question, qui, soulevée au sein du Corps législatif, a provoqué la loi nouvelle, l'explique et en justifie les dispositions.

C'est sur ce point que doit se concentrer l'examen de la législation antérieure à la loi du 14 mai 1864.

50. Nous diviserons cet exposé en quatre sections.

Dans la première, nous ferons l'historique des délégations émanées en cette matière du pouvoir législatif, pendant la période écoulée de l'Assemblée constituante au premier Empire.

Dans la seconde, nous dirons la pratique suivie depuis le Consulat et l'Empire jusqu'en 1864.

Dans la troisième, nous indiquerons l'état de la doctrine des auteurs sur ce point de droit.

Enfin dans la quatrième et dernière section nous exposerons les principales raisons de décider entre les deux opinions controversées.

SECTION Ire.

Historique des délégations faites par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif, depuis l'Assemblée constituante jusqu'en 1804.

SOMMAIRE.

51. Actes de l'Assemblée constituante.
52. Ventes ordonnées par la Constituante, la Législative et la Convention.
53. Délégations limitées faites sous la constitution directoriale du 5 fructidor an III.
54. Loi du 28 ventôse an IV.
55. Loi du 16 brumaire an V.
56. Loi du 26 vendémiaire an VII.
57. Loi du 30 ventôse an IX.
58. Lois des 15 et 16 floréal an X; — importance exceptionnelle de ces deux lois.
59. Loi du 5 ventôse de l'an XII.
60. Les lois ultérieures et non comprises dans cette énumération, quoique contenant diverses délégations législatives, sont étrangères aux ventes domaniales.

51. Nous avons vu (n° 40) que dans l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, l'Assemblée constituante avait proclamé d'une manière absolue, sans réserve et sans délégation d'aucune sorte, le principe de la nécessité d'une loi pour opérer toute vente domaniale.

Déjà l'année précédente, cette Assemblée avait par avance appliqué cette règle dans la loi qui la première avait introduit le principe de l'aliénabilité du domaine. Par la loi des 19-21 décembre 1789, article 10, elle prescrivait la vente d'une quantité de biens du domaine, qui était encore *le domaine de la couronne* et n'avait pas encore reçu son vrai nom de *domaine national*, et d'une quantité de biens ecclésiastiques nationalisés, suffisante pour former ensemble la valeur de 400 millions. Il a été observé avec raison que c'était là le premier principe des ressources créées par la voie des assignats.

Par l'article suivant de la même loi, l'Assemblée constituante se réservait la désignation des immeubles à vendre, la détermination des formes et des conditions de leur vente.

Mais dès le mois de mai suivant (loi du 14 mai 1790), reconnaissant l'impossibilité de tout faire par elle-même, l'Assemblée ne détermine plus les bases de la vente et délègue ce soin aux municipalités.

52. Il y eut plus : le principe déposé dans l'article 8 de la loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790 ne fut pour ainsi dire jamais réalisé que par voie de délégation. Les Assemblées nationales de la Révolution, forcées de faire appel à toutes les ressources pour défendre le territoire français contre les invasions menaçantes de l'Europe, ne procèdent pas par lois spéciales autorisant la vente d'immeubles déterminés; elles prescrivent des ventes en masse.

En outre, chaque fois qu'on ajoute au domaine national d'autres espèces de biens, la loi ordonne en même temps qu'ils seront vendus; c'est ce qu'ont fait les lois du 17 mars 1792 pour les dotations des ordres religieux et militaires de Saint-Lazare et du Mont-Carmel; du 18 août 1792, pour les biens des congrégations séculières ou laïques d'hommes ou de femmes, des séminaires, des colléges, des confréries; du 19 septembre 1792, pour les biens de l'ordre de Malte; du 19 mars 1793, pour les biens des hôpitaux et établissements de bienfaisance; du 3 juin 1793, pour les biens des émigrés, etc.

53. Quelques années plus tard, lorsque les deux pouvoirs législatif et exécutif réunis entre les mains de la Convention, redeviennent distincts et séparés, on rencontre sous la Constitution directoriale du 5 fructidor de l'an III, les plus formelles délégations du pouvoir de vendre des biens domaniaux, données par le législateur au gouvernement.

Mais il est juste de reconnaître que les premières délégations qui vont suivre sont limitées par la fixation du *quantum* de la somme à dépenser et à se procurer par la vente des biens nationaux.

54. La loi du 28 ventôse an IV crée un nouveau papier de circulation et de crédit destiné à remplacer les assignats; elle émet pour 2 milliards 400 millions de mandats territoriaux hypothéqués sur les domaines nationaux; mesure qui crée la nécessité de vendre ces domaines afin d'acquitter la dette contractée.

55. Une délégation plus précise se trouve dans la loi du 16 brumaire de l'an V (6 novembre 1796), relative aux dépenses ordinaires et extraordinaires de l'an V. Cette loi créait un fonds extraordinaire de 550 millions, et affectait à ce fonds extraordinaire le produit de la vente des biens nationaux nécessaires pour le parfaire; elle organisait les formalités des

ventes domaniales, telles que les enchères et les évaluations. Ces dispositions ont pu rester dans la législation; mais pour la délégation du droit de vendre faite par cette loi au gouvernement, il paraît juste de reconnaître qu'elle a dû tomber le jour où le produit des ventes a atteint le chiffre de 550 millions fixé par la loi elle-même.

56. La loi du 26 vendémiaire de l'an VII (17 octobre 1798) dispose relativement à une aliénation de domaines nationaux jusqu'à concurrence de 125 millions.

57. Des délégations de même nature se trouvent dans les articles 11, 13 et 14 de la loi du 30 ventôse an IX (21 mars 1801) relative à la liquidation de la dette publique. Dans cette loi encore, au delà des sommes fixées la délégation disparaît, sans que l'on puisse inférer de la réserve faite relativement aux biens affectés à l'instruction publique et aux invalides, le droit de vendre administrativement tous les autres. Si la loi de l'an IX avait cette portée, celles de l'an X eussent été inutiles. Mais cette loi de l'an IX comme celle de l'an VII montre la marche progressive des délégations législatives.

58. En l'an X surviennent deux lois de la plus haute importance. On n'y voit pas, comme dans les lois précédentes, l'autorisation de vendre placée auprès et dans la mesure d'une dépense à faire ou d'un déficit à combler. La délégation prend un caractère différent, plus prononcé, plus général. La limite de la somme à obtenir par les ventes domaniales a disparu dans les lois de l'an X; c'est l'aliénation de tous les biens domaniaux, sauf ceux réservés ou exceptés, qui se trouve prescrite par ces deux lois.

Ces lois distinguent les biens domaniaux à vendre en deux classes, les fonds ruraux et les fonds urbains.

Les uns et les autres doivent être vendus.

La loi du 15 floréal de l'an X (5 mai 1802), qui détermine un nouveau mode pour la vente des biens appartenant à la nation, est relative aux fonds ruraux.

Une loi du lendemain, 16 floréal de l'an X (6 mai 1802), a pourvu à la vente des fonds urbains.

Ces deux lois contiennent le dernier état de la législation en matière d'aliénations domaniales. Elles déterminent un nouveau mode pour la vente, et nous sommes de ceux qui considèrent qu'elles donnaient au gouvernement le droit de l'effec-

tuer. Mais c'est dans la quatrième section, consacrée à la discussion de cette question, que nous aurons à examiner la portée de ces deux lois de l'an X.

59. Nous achevons l'historique des délégations législatives en signalant encore la loi du 5 ventôse de l'an XII, qui, dans l'une de ses très-diverses et très-nombreuses dispositions, ordonne la mise en vente, jusqu'à concurrence de 40 millions, des domaines nationaux situés dans les départements au delà des Alpes récemment annexés à la France.

60. Ici s'arrête cette longue série de délégations législatives.

Il ne faut pas citer, sous l'Empire, l'article 41 (ci-dessus rapporté) de la loi du 16 septembre 1807, sur le desséchement des marais. Ce texte est étranger à la vente et concerne exclusivement ce mode d'aliénation *sui generis* désigné sous le nom de *concession*, dont nous avons expliqué les caractères, bien moins compatibles que ceux des ventes administratives avec une délégation générale du droit d'y procéder.

Ce n'est que sur l'interprétation des documents antérieurs et surtout sur celle des deux lois de l'an X, que se pose la question de savoir si le législateur a fait au gouvernement une délégation normale et permanente du droit de procéder à la vente des biens domaniaux non réservés ni exceptés.

SECTION II.

Pratique suivie depuis l'an X jusqu'en 1864.

SOMMAIRE.

61. De l'an X jusqu'en 1864 les gouvernements ont toujours procédé aux ventes domaniales sans l'intervention du pouvoir législatif.
62. Absence de réclamations de la part de toutes les assemblées délibérantes jusqu'en 1864.
63. Elles sanctionnaient implicitement l'interprétation donnée par le gouvernement aux lois de l'an X.
64. Importance des ventes domaniales ainsi réalisées depuis 1814 jusqu'en 1862.
65. Tableau officiel des ventes faites chaque année.
66. Pratique suivie.

61. Les opinions, divisées sur l'interprétation que comportent les lois qui viennent d'être énumérées, sont unanimes à reconnaître que sous tous les régimes qui se sont succédé en

France depuis l'an X, le gouvernement a toujours procédé aux ventes domaniales sans l'intervention du pouvoir législatif. A toutes les époques, même sous l'empire de constitutions qui ont donné au pouvoir législatif les attributions les plus étendues, les assemblées délibérantes, depuis l'an X jusqu'à la session de 1864, ont vu le gouvernement vendre, sans lois spéciales, des immeubles domaniaux, et l'ont toutes laissé faire.

62. Chaque année, depuis le commencement du siècle, des ventes domaniales ont été faites administrativement; chaque année le ministre des finances a porté dans son compte de ressources les ventes domaniales qu'il devait réaliser, et jamais, non-seulement sous l'empereur Napoléon Ier, mais sous la Restauration, sous la monarchie de Juillet 1830, sous la République de 1848 et sous le gouvernement actuel, jamais les chambres, si jalouses de leurs prérogatives, n'ont réclamé.

63. En outre, ces assemblées ont toutes voté les budgets, elles ont voté les lois des comptes, elles ont voté l'emploi des fonds provenant des ventes, sans autoriser elles-mêmes les ventes ni rappeler les dispositions de l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790.

Non-seulement par son silence, mais surtout par cette adhésion implicite donnée aux ventes domaniales faites administrativement, pendant soixante années consécutives, le pouvoir législatif acceptait incontestablement toutes les conséquences des lois de floréal de l'an X; il étendait sa sanction sur l'interprétation que le gouvernement donnait aux dispositions de ces lois.

64. Au cours des travaux de préparation de la loi nouvelle du 14 mai 1864, le gouvernement a fait dresser un compte exact des ventes réalisées annuellement par les domaines. Ce compte forme le tableau B annexé au rapport supplémentaire de la commission. Il comprend les quarante-huit années de 1814 à 1861 inclusivement (le compte définitif de 1862 et 1863 n'étant pas encore publié). On verra par ce tableau que le montant des ventes s'élève à 109,123,000 francs, ce qui fait ressortir une moyenne de 2,273,395 francs par an.

65. Voici ce tableau des ventes consenties pendant près d'un demi-siècle, sans qu'aucune loi spéciale les ait autorisées.

ÉTAT B.

Tableau indicatif des ventes de domaines faites en exécution des lois des 15-16 floréal an X et 18 mai 1850.

DÉSIGNATION des années.	RÉALISATIONS.	DÉSIGNATION des années.	RÉALISATIONS.	DÉSIGNATION des années.	RÉALISATIONS.
1814	3,522,000	1830	2,066,000	1846	1,214,000
1815	3,419,000	1831	2,151,000	1847	692,000
1816	2,770,000	1832	1,835,000	1848	481,000
1817	2,405,000	1833	1,776,000	1849	715,000
1818	1,391,000	1834	2,070,000	1850	791,000
1819	1,025,000	1835	2,080,000	1851	876,000
1820	1,323,000	1836	1,805,000	1852	2,043,000
1821	1,388,000	1837	1,336,000	1853	7,170,000
1822	1,801,000	1838	1,283,000	1854	7,020,000
1823	1,926,000	1839	914,000	1855	4,148,000
1824	1,526,000	1840	784,000	1856	5,759,000
1825	1,599,000	1841	995,000	1857	2,485,000
1826	624,000	1842	1,443,000	1858	4,003,000
1827	650,000	1843	3,856,000	1859	5,131,000
1828	387,000	1844	3,152,000	1860	3,945,000
1829	492,000	1845	5,136,000	1861	3,722,000
				Total général,	109,123,000

66. Toutes ces ventes ont été réalisées dans les mêmes conditions et d'après les mêmes règles : le ministre des finances, chargé de la gestion des biens domaniaux non affectés à un service public, ordonnait la vente, et elle était poursuivie par les soins de l'administration des domaines, selon les formes déja décrites, c'est-à-dire par adjudication aux enchères avec publicité et suivant certaines évaluations. Le prix des immeubles vendus a toujours été porté au budget des recettes comme ressources de l'État, et le pouvoir législatif seul en a réglé souverainement l'emploi.

Telle a été la pratique invariable de l'an X jusqu'en 1864; telle a été l'interprétation donnée aux lois de délégation par le commun accord des pouvoirs législatif et exécutif qui se sont succédé pendant cette longue période. TH. DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

ÉTUDE SUR L'ARTICLE 8 DE LA LOI DU 23 MARS 1855,

CONFÉRÉ AVEC L'ARTICLE 2146 DU CODE NAPOLÉON.

Par M. BRIGUIBOUL, docteur en droit, juge au tribunal de Rodez (Aveyron).

I.

Parmi les questions que fait naître l'application de la loi du 23 mars 1855, il en est une très-intéressante en théorie et très-pratique, qu'on peut formuler de la manière suivante :

Lorsqu'une femme devenue veuve, un mineur devenu majeur, un interdit relevé de l'interdiction, ou leurs héritiers, ont négligé de prendre inscription dans l'année de la dissolution du mariage, ou de la cessation de la tutelle, si le mari ou le tuteur sont déclarés en faillite, ou si, étant décédés, leur succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire ou est déclarée vacante, l'article 2146 du Code Napoléon leur est-il opposable, en ce sens que la veuve, l'ex-mineur ou leurs héritiers, ayant pris ultérieurement inscription, les créanciers, même simples chirographaires, de la faillite ou de la succession, puissent leur opposer la nullité de leur inscription résultant de cet article?

Cette question s'est présentée, à peu près neuve, devant le tribunal de Dreux et ensuite devant la Cour de Paris, le 24 juin 1862. Elle a été jugée dans le sens de l'affirmative devant ces deux degrés de juridiction. Mais M. Thiercelin, docteur en droit, a fait suivre l'arrêt de la Cour de Paris, dans le Recueil de Dalloz (1863, 2, 1), d'une étude approfondie de la question dans le sens contraire. Le tribunal de Rodez, ayant eu aussi à la juger, a adopté l'opinion et à peu près les motifs de M. Thiercelin, et a statué contrairement à la solution adoptée par la Cour de Paris.

Or cette difficulté peut se présenter dans trois positions différentes : dans le cas de faillite, de succession bénéficiaire, de succession vacante, triple situation qu'embrasse l'article 2146. Toutefois, en ce qui concerne la faillite, il est à remarquer que la question ne se présentera, depuis la loi de 1838, dans toute sa force et avec une entière analogie avec l'état de succession bénéficiaire et de succession vacante, qu'après le jugement déclaratif de la faillite. Avant ce jugement, l'article 448 du

Code de commerce donne sans doute aux tribunaux la faculté d'annuler les inscriptions prises depuis la cessation des payements ou dans les dix jours qui ont précédé ; mais il n'accorde cette faculté que dans des situations et sous des conditions qui changent la nature de la question soulevée dans cette période de temps. Aussi, contrairement à l'opinion émise dans la note qui accompagne, dans le recueil de Sirey, l'arrêt de la Cour de Paris (S. D., 1863, 2, 37), nous ne considérons pas l'arrêt de la Cour de Colmar, du 15 janvier 1862 (S. D., 1862, 2, 122), comme ayant statué sur notre question. Sans nous prononcer sur la question tranchée par l'arrêt de la Cour de Colmar, nous donnons notre pleine adhésion à la distinction faite entre les deux questions par l'annotateur, dans le même recueil, sur l'arrêt de la Cour suprême, du 2 mars 1863 (S. D., 1863, 1, 125), qui rejeta le pourvoi formé contre l'arrêt de Colmar, par des motifs de fait, et sans se prononcer sur le point de droit.

II.

Avant d'entrer dans l'examen de notre question, il est nécessaire de bien préciser le sens et la portée de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

I. Les économistes et les jurisconsultes s'étaient divisés en deux camps : les uns défendaient énergiquement les principes du Code Napoléon sur la dispense de publicité accordée aux hypothèques légales ; les autres, dans l'intérêt du crédit foncier, demandaient, avec non moins d'énergie, l'application générale et absolue du principe de la publicité des hypothèques, même en ce qui concerne les femmes mariées, les mineurs et les interdits. L'Assemblée législative se livra en 1849, 1850 et 1851, à une étude approfondie à ce sujet, dans ses travaux sur la réforme hypothécaire. C'est au milieu de cette lutte éloquente et acharnée entre deux intérêts en apparence inconciliables, que MM. Demante et Gaslonde, s'inspirant des principes de l'édit de 1673, œuvre si remarquable de Colbert, proposèrent un amendement aux termes duquel l'hypothèque des incapables était soumise au droit commun de la nécessité de l'inscription, après la fin de la tutelle et la dissolution du mariage. Un délai d'un an était accordé à la femme, à l'ex-mineur, ou à leurs héritiers, pour régulariser leur situation.

Cet amendement, adopté par l'Assemblée législative en 1851, mais abandonné ensuite avec tout le projet de loi dans lequel il s'était incorporé, a été reproduit purement et simplement dans l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. La pensée dont il est l'expression a été une heureuse transaction entre les défenseurs de deux idées extrêmes, trop absolues l'une et l'autre. Aussi l'exposé des motifs de la loi de 1855 a pu, en ces quelques mots, préciser et caractériser toute la portée de l'article 10 du projet, devenu l'article 8 de la loi :

« L'existence de l'hypothèque légale, indépendamment de « toute inscription, a soulevé d'interminables débats ; nous ne « voulons pas même donner le plus léger prétexte de les renou- « veler. Cette grande faveur sera maintenue tant que sera « maintenue sa raison d'être : tant que la femme est dans la « dépendance du mari, dont l'intérêt est contraire au sien; « tant que le mineur est sous l'autorité d'un tuteur disposé à « se défendre contre toute inscription, si elle était nécessaire, « la loi supplée, par une protection peut-être exorbitante, à la « résistance du mari ou du tuteur. Mais quand la capacité d'ac- « tion sera venue à l'un et à l'autre, le besoin de la publicité « reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que « d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par « la loi commune. »

En d'autres termes, la dispense d'inscription durera autant que durera l'incapacité, et pendant une année de grâce après la rentrée de l'incapable dans la plénitude de sa capacité d'action; ce délai expiré, le droit commun reprendra tout son empire : la cause du privilége cessant, le privilége cessera.

Cette interprétation de l'article 8, très-rationnelle, très-logique, et entièrement conforme au but que se proposait le législateur, semblerait devoir être en dehors de toute discussion.

II. Cependant M. Thiercelin (*loc. cit.*) croit que l'article 8 n'est pas allé aussi loin que l'exposé des motifs le ferait supposer, c'est-à-dire que le législateur de 1855 aurait adopté une rédaction qui n'exprimerait pas tout à fait sa pensée. Pour accepter une pareille interprétation du texte, il faudrait que ce texte fût bien clair, que sa portée contraire à la pensée du législateur, bien connue depuis 1851, clairement rappelée dans l'exposé des motifs, fût bien évidente et bien certaine. En est-il ainsi de ce texte de loi ?

III. Il y a dans toute hypothèque deux choses à distinguer : 1° l'existence même de l'hypothèque, sa vie, son être; 2° les conditions mises par la loi à sa réalisation, à sa mise à exécution à l'encontre des autres créanciers.

L'hypothèque tire sa vie, son existence, soit d'un contrat qui constate le consentement du débiteur valablement exprimé en ce qui concerne les hypothèques conventionnelles (art. 2117, 2124 et 2127 du Code Napoléon); soit de l'un des actes de la vie civile, le mariage et la tutelle, desquels la loi fait surgir de plein droit l'hypothèque légale (art. 2117 et 2121 du Code Napoléon)[1]; soit des jugements qui confèrent l'hypothèque judiciaire par eux-mêmes et indépendamment de la volonté du juge et de celle des parties (art. 2117 et 2123 du Code Napoléon).

A dater de ces contrats, de ces actes de la vie civile ou de ces jugements, l'hypothèque existera au profit du créancier. Mais, en règle générale, cette existence abstraite sera inefficace, quoique réelle, et ne pourra être utilisée par le créancier tant qu'il ne l'aura pas rendue publique dans les formes indiquées par la loi. L'hypothèque existant déjà, sa réalisation, son utilisation, si je puis employer cette expression, sera subordonnée à la condition qu'elle se produira au grand jour et à dater seulement de cette publication; de même le titre valable d'un créancier devra être produit avec une demande en collocation dans l'ordre ouvert, dans les délais fixés par la loi pour produire, et faute de production, le titre de créance n'en sera pas moins réel, n'en existera pas moins, mais il ne pourra être réalisé, être mis à exécution à l'encontre des autres créanciers.

Toutefois, par suite d'une exception particulière admise par le législateur de 1804, les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits sont dispensées de cette condition de publicité. Il leur suffit d'exister pour pouvoir être réalisées, utilisées[2].

Ainsi, d'après le Code Napoléon, si tout porteur d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire est tenu de prouver :

[1] Nous ne parlons pas ici des autres hypothèques légales. Voy. 2121-3°, 1017, 2113.

[2] Au moins en général. V. cependant art. 2194 du Code Napoléon et loi du 21 mai 1858.

1° l'existence valable de son hypothèque, 2° sa publicité conforme aux prescriptions légales, il suffisait au porteur d'une hypothèque légale d'en prouver l'existence pour s'en prévaloir et l'utiliser à son profit. La faveur accordée aux hypothèques légales précitées, et contre laquelle s'élevaient avec tant de vigueur les économistes et les jurisconsultes, voulant faire passer l'intérêt du crédit foncier avant l'intérêt des femmes, des mineurs et des interdits, consistait donc uniquement dans la dispense de publicité accordée à ces hypothèques. On demandait l'abrogation de l'article 2135, en tant qu'il consacrait cette dispense de publicité, et nullement l'abrogation de l'article 2121 qui créait ces hypothèques. On ne critiquait pas plus l'existence des hypothèques légales comme conséquence du mariage et de la tutelle, qu'on ne blâmait l'existence des hypothèques judiciaires comme conséquence des jugements.

Lorsque le législateur de 1855 a voulu réduire et restreindre ce privilége des hypothèques légales à la durée de l'incapacité de la femme, du mineur et de l'interdit, et à une année après la cessation de ces incapacités, devait-il déclarer que, cette année expirée sans inscription, l'hypothèque légale n'existerait plus, que la femme, l'ex-mineur ou leurs héritiers n'auraient plus aucun droit hypothécaire? S'il s'était exprimé de la sorte, le législateur aurait de beaucoup dépassé ses intentions, et il aurait été bien au delà de la réforme demandée, même par les partisans de l'abolition complète de toute exception particulière en faveur de la femme, du mineur et de l'interdit. De même que tout porteur d'une hypothèque conventionnelle ou judiciaire, qui n'en renouvelle pas l'inscription dans les dix ans, perd son rang, mais nullement son hypothèque, et que cette hypothèque toujours existante d'une manière abstraite, si elle est ultérieurement inscrite, ne datera, à l'encontre des autres créanciers, que du jour de la nouvelle inscription; de même l'hypothèque légale, non inscrite pendant l'année de grâce et rentrée par suite dans le droit commun, continuera d'exister à l'état abstrait, mais ne datera, à l'encontre des autres créanciers, que du jour de l'inscription prise ultérieurement.

Le législateur de 1855, voulant exprimer cette pensée bien connue des auteurs de l'amendement de 1851 et formellement exprimée dans l'exposé des motifs de la nouvelle loi, que l'inca-

pacité ayant cessé, et l'année de grâce étant expirée, l'hypothèque légale, toujours subsistante, rentrait dans la loi commune de la publicité obligatoire, n'a cru pouvoir mieux rendre cette pensée qu'en employant à peu près les mêmes expressions que l'article 2134, qui, dans le Code Napoléon, crée cette obligation de publicité pour les hypothèques en général. *Entre les créanciers*, porte cet article 2134, *l'hypothèque... n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier...* Voilà le droit commun dont on a tiré toutes les conséquences de l'obligation rigoureuse de publicité, même en présence des simples créanciers chirographaires. Lorsqu'il s'est agi de faire rentrer dans ce droit commun les hypothèques légales après l'année de grâce qui a suivi la cessation de l'incapacité de la femme et du mineur, l'article 8 de la loi de 1855 a dit : « *Leur hypothèque ne date à l'égard des tiers* (qualifiés de *créanciers* par l'article 2134) *que du jour des inscriptions prises ultérieurement.* L'assimilation, certaine dans la pensée de la loi, peut-elle être douteuse dans son expression?

La différence que l'on a cru apercevoir entre les hypothèques ordinaires et l'hypothèque légale dégénérée faute d'inscription pendant l'année de grâce, provient d'une erreur échappée à nos contradicteurs. *L'hypothèque n'existe que par l'inscription dans le système de la loi française*, a-t-on dit; erreur évidente puisque l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription[1], mais ne peut se produire, se faire admettre qu'après s'être inscrite. Partant de cette idée erronée, et découvrant dans l'article 8 de la loi de 1855 une hypothèque existant en dehors de toute inscription, mais ayant besoin de s'inscrire pour être utilisée, on a conclu à tort que cette hypothèque légale différait en ce point des hypothèques ordinaires, tandis qu'elle leur ressemble en cela comme sous tous les autres rapports.

Nous pensons pouvoir conclure des raisonnements qui précèdent que le texte de l'article 8 de la loi de 1855, fidèle interprète de la pensée incontestable du législateur, maintient, après l'expiration de l'année qui a suivi la cessation de l'incapacité de la femme et du mineur, l'existence des hypothèques légales, telle qu'elle résulte de l'article 2121 du Code

[1] Troplong, *Des hypothèques*, n° 566.

Napoléon, mais abolit complétement le privilége de non-publicité créé en faveur de la femme, du mineur et de l'interdit par l'article 2135 du même code, et assimile entièrement pour l'avenir ces hypothèques légales dégénérées aux hypothèques judiciaires et aux hypothèques conventionnelles, puisque ce privilége exceptionnel de dispense de publicité constituait leur seule et unique différence. Comme les hypothèques conventionnelles et judiciaires, non inscrites ou non réinscrites après péremption décennale, ces hypothèques légales continueront à exister, mais leur existence sera tout à fait inefficace si l'on ne les a pas rendues publiques ; la publicité sera désormais la condition rigoureuse de leur réalisation, de leur *utilisation*, comme pour les autres hypothèques.

IV. Pénétrons plus avant dans la pensée du législateur de 1855 et recherchons les conséquences qui s'induisent de cette loi.

Si l'hypothèque légale n'a pas été inscrite dans l'année qui a suivi la cessation des incapacités, *l'hypothèque ne datera, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.*

Qu'est-ce à dire?... Faut-il, par ce mot *tiers*, n'entendre que les créanciers hypothécaires et privilégiés?... Faudra-t-il aller jusqu'à dire que, même depuis la loi de 1855, les hypothèques légales, non inscrites pendant l'année de grâce, continueront d'être opposables aux créanciers simples chirographaires? Pour être logiques, les raisonnements de nos contradicteurs devraient aller jusque-là, ce qu'on n'ose cependant pas faire. Et néanmoins ils soutiennent que par le mot *tiers* on ne doit entendre que les créanciers hypothécaires.

Nous l'avons déjà dit, dans les hypothèques en général il faut considérer : 1° leur existence, 2° la condition de publicité mise à leur réalisation. De même, en ce qui concerne cette condition de publicité, nous dirons qu'il y a deux choses à considérer : 1° la publicité elle-même, abstraction faite de sa date d'inscription, 2° le rang que donne la date de cette publicité. Le défaut de publicité pourra être opposé par tous les créanciers, hypothécaires et simples chirographaires, en ce sens que la publicité manquant, la cause de préférence sera irréalisable, et les créanciers chirographaires viendront en concurrence avec la créance ainsi garantie par une hypothèque demeurée occulte.

Mais il n'y aura que les créanciers hypothécaires qui puissent opposer l'infériorité du rang, la tardiveté de la date des inscriptions. Et ces principes seront encore applicables aux hypothèques légales rentrées dans le droit commun, après l'année de grâce, tout comme ils le sont aux hypothèques conventionnelles et aux hypothèques judiciaires.

Comme l'expression de *créanciers* au commencement de l'article 2134, comme l'expression de *tiers* dans l'article 2113, de même le mot *tiers* dans notre article 8 aura une double signification suivant la position dans laquelle on se placera : si l'on considère l'inscription en elle-même, comme simple moyen de publicité, le mot *tiers* signifie tous les créanciers, même les simples chirographaires, comme le démontre parfaitement M. Troplong (*Des hypothèques, n°* 568), qui ajoute *que personne ne le conteste plus*, en ce qui concerne le mot *tiers* dans l'article 2113 et le mot *créanciers* dans l'article 2134. Dans ce sens l'article 8 peut se traduire ainsi :... *leur hypothèque ne date*, c'est-à-dire ne devient opposable aux autres créanciers, même simples chirographaires, *que du jour de l'inscription prise ultérieurement*; jusqu'à cette inscription, l'hypothèque, quoique existante, est inerte, elle *n'est qu'un corps privé des facultés qui le font mouvoir, elle est réduite à un état purement passif, et la loi lui refuse le droit de produire une préférence*, pour nous servir des énergiques expressions de M. Troplong (*loc. cit.*) Si l'on considère, au contraire, le rang que donne l'inscription, le mot *tiers* signifiera alors les créanciers hypothécaires seuls, et l'article 8 devra se traduire ainsi : *leur hypothèque ne datera*, c'est-à-dire ne prendra rang, *à l'égard des tiers*, c'est-à-dire des créanciers hypothécaires, *que du jour des inscriptions prises ultérieurement*. En un mot les expressions dont s'est servi le législateur de 1855 dans l'article 8, copiées textuellement de l'article 2113 du Code Napoléon, ne sauraient avoir une autre signification que celle universellement reconnue dans ce dernier article, et que « *personne ne conteste plus.* »

Ces principes, que nous croyons pouvoir considérer comme admis, nous serviront à répondre, sans avoir besoin d'y insister, à une autre objection qu'on ne cesse de répéter : faute d'inscription de l'hypothèque légale dans l'année de grâce, l'article 8 ne fait pas perdre *l'hypothèque*; il ne fait perdre que le

rang, qui n'est opposable que par les créanciers hypothécaires et ne concerne qu'eux seuls.

Sans avoir besoin de répéter que ce raisonnement prouverait trop, puisque pour être logique il devrait amener à cette conclusion que, même depuis la loi de 1855, l'hypothèque légale non inscrite dans l'année de grâce est encore opposable aux créanciers chirographaires sans besoin d'inscription, nous répondrons directement à l'objection : Non, l'article 8 ne fait pas perdre l'hypothèque, mais il la réduit *à un état d'inertie, à un état purement passif*, et dans cet état *la loi lui refuse la faculté de produire une préférence*. Oui, l'article 8 fait perdre à l'hypothèque légale son rang, mais de plus il lui fait perdre ses facultés actives qu'il ne lui rend qu'à *dater de l'inscription prise ultérieurement*, tout comme l'article 2113 fait perdre au privilége non inscrit dans les délais voulus, son efficacité, son activité, et il ne lui rend l'efficacité de l'hypothèque elle-même qu'à *dater* de l'inscription prise plus tard. On dénature et l'on modifie complétement cet article 8 lorsqu'on traduit ces mots « *ne date* » par ceux-ci, « *ne prend rang*, » tandis que, d'après l'interprétation rationnelle admise universellement en matière hypothécaire, il faut les traduire de la manière suivante ; ne devient opposable aux autres créanciers quels qu'ils soient, et spécialement ne prend rang à l'encontre des créanciers hypothécaires.

On le voit, les objections que l'on soulève contre la saine interprétation de l'article 8 de la loi de 1855 ne sont pas nouvelles; elles ont toutes été faites lorsqu'il s'est agi de fixer le sens et la véritable portée des articles 2113 et 2134 du Code Napoléon. Mais depuis longtemps elles ont été réfutées et nous pouvons ajouter *abandonnées*. Espérons qu'elles n'auront pas plus de succès lorsqu'elles sont renouvelées sur notre article 8, dont nous croyons avoir déterminé le véritable sens.

III.

I. Abordons maintenant la question de l'application de l'article 2146 du Code Napoléon aux hypothèques légales non inscrites dans l'année de grâce. Ou nous nous faisons de grandes illusions, ou cette question se trouve bien simplifiée par les développements qui précèdent.

En effet s'il est vrai, comme nous croyons l'avoir suffi-

samment démontré, que les hypothèques légales non inscrites dans l'année de grâce sont entièrement assimilées aux hypothèques conventionnelles et aux hypothèques judiciaires, quant à l'obligation rigoureuse de publicité, qu'elles sont pleinement rentrées dans le droit commun, pourquoi l'article 2146 ne leur serait-il pas applicable, dans la triple situation qu'il embrasse : la succession bénéficiaire, la succession vacante, la faillite déclarée par jugement?... Cet article 2146 fait partie du chapitre IV intitulé : *Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques.* On reconnaît que toutes les autres dispositions de ce chapitre sont applicables à nos hypothèques légales dégénérées. Comment cet article seul leur serait-il inapplicable? Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait de trois choses l'une : 1° ou bien qu'un texte formel de loi portât cette exclusion, 2° ou bien que la volonté du législateur sur ce point fût clairement manifestée, 3° ou bien que par leur nature même et d'après les principes généraux du droit, les hypothèques légales, même celles soumises à l'inscription, ne pussent tomber sous l'application de cet article 2146. Or en est-il ainsi?

1° Nous croyons avoir surabondamment démontré que le texte de l'article 8 de la loi de 1855 ne fait aucune exception, ne pose aucune restriction à ce principe admis que les incapacités ayant cessé, les hypothèques légales rentrent pleinement dans le droit commun, droit commun dont fait évidemment partie la disposition de l'article 2146. Donc point d'exception dans le texte.

2° Quant à la pensée du législateur et à son intention, on veut bien reconnaître qu'elle n'est pas favorable au système que nous combattons. Seulement on se trompe lorsqu'on croit que cette intention allait plus loin que n'est allée son expression légale. Nous croyons encore, sur ce point, avoir clairement démontré la parfaite concordance entre la pensée exprimée dans l'exposé des motifs et le texte de la loi.

3° En ce qui concerne la nature spéciale des hypothèques légales et les principes généraux du droit qui les régissent, il nous est impossible d'y rien découvrir qui s'oppose à l'application de l'article 2146. Les hypothèques légales nées du mariage ou de la tutelle, par la seule volonté de la loi, comme les hypothèques judiciaires naissent des jugements encore par

la seule force de la loi, ne diffèrent des autres hypothèques que par la dispense d'inscription que leur avait accordée l'article 2135, et, cette dispense abrogée, la similitude entre ces hypothèques reparaît pleinement.

II. Nous avons entendu à ce propos faire une objection qui nous paraît bien peu fondée : la loi de 1855, dit-on, n'empêche pas que l'article 2135 ne continue à être la règle générale qui régit les hypothèques légales; l'obligation d'inscrire n'est qu'une exception à ce principe général, exception qui doit être restreinte le plus possible.

Mais ne fait-on pas attention que l'article 2135 établit, lui, une exception aux principes généraux du droit moderne; que la loi de 1855, tout en conservant cette exception pendant la durée des incapacités, l'efface pour le temps postérieur? Il n'y a plus, en ce qui concerne les hypothèques légales, une règle générale qui est la dispense des inscriptions, et puis une exception qui est la nécessité d'inscription. Non, l'hypothèque légale est divisée, dans sa durée, en deux périodes distinctes, et chacune de ces périodes a une règle particulière tout à fait indépendante de la règle qui régit l'autre période. Il y a seulement cette observation importante à faire, que l'une de ces règles constitue une exception à un principe général admis dans le droit français : *la publicité des hypothèques*, tandis que la règle afférente à la seconde période fait cesser cette exception et replace l'hypothèque légale sous le droit commun. Si l'une de ces règles devait être interprétée restrictivement, ne serait-ce pas celle qui dispense les hypothèques légales de se produire par la publicité?

Ainsi, rien dans le texte de la loi du 23 mars 1855, rien dans l'intention bien connue du législateur, rien dans la nature de l'hypothèque légale et dans les principes généraux du droit, ne dispense le juge d'appliquer l'article 2146 aux hypothèques légales dégénérées.

III. Mais, nous objecte-t-on encore, vous créez une déchéance non édictée par la loi de 1855.

La réponse nous paraît facile : ou la loi de 1855 a assimilé l'hypothèque légale non inscrite dans l'année de grâce aux hypothèques conventionnelles et aux hypothèques judiciaires, ou elle a maintenu une différence entre elles. Cette prétendue différence, nous la cherchons vainement, et on ne nous en montre

aucune de réelle, de sérieuse. Si l'assimilation est complète, comme nous croyons l'avoir démontré, l'article 2146 leur est désormais applicable, et c'est ce texte de loi qui prononce cette déchéance, faute par le porteur de cette hypothèque de l'avoir inscrite avant l'expiration de l'annee de grâce, ou, cette année expirée, avant l'ouverture de la succession, ou avant le jugement déclaratif de faillite. L'article 8 n'est entré, et il ne devait entrer dans aucun des nombreux détails qui règlent le temps, le mode et la durée des inscriptions. Il lui suffisait de déclarer que les hypothèques légales seraient, après l'année de grâce, soumises au principe général de la publicité.

Pour montrer combien il est vrai que l'article 8, après avoir posé un principe général, s'en remet pour son application aux règles du droit commun, l'arrêt de la Cour de Paris, du 24 juin 1862, cite le cas d'une vente suivie de transcription de l'immeuble affecté de l'hypothèque légale. Il fait observer avec raison que, après cette transcription, la veuve ou l'ex-mineur ne pourraient prendre utilement inscription après l'expiration de l'année de grâce. Le raisonnement d'analogie nous paraît avoir une grande force, puisqu'il a, sous bien des rapports, analogie de position entre l'immeuble sorti par la vente du patrimoine du débiteur, et dont le prix est à distribuer, et les immeubles du failli ou du défunt, sortis, eux aussi, du patrimoine disponible. M. Thiercelin répond que dans ce cas « la « veuve se trouvera, non pas en face d'un créancier chi- « rographaire, mais d'un acquéreur, dont le droit prime le « sien qu'elle a négligé d'assurer par une inscription prise « en temps voulu. » Mais ce savant jurisconsulte oublie que, dans ce cas de vente, il y a deux questions à débattre : 1° une question de droit de suite à discuter entre la veuve ou l'ex-mineur et l'acquéreur: c'est celle-là qu'il prévoit; 2° une question de droit de préférence dans la distribution du prix à débattre entre la veuve, l'ex-mineur et leurs héritiers d'une part, et tous les créanciers, même les simples chirographaires, de l'autre, et celle-là a échappé à l'attention de M. Thiercelin. Or ce dernier admettrait-il, en présence de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, que la veuve, l'ex-mineur ou leurs héritiers, n'ayant pris inscription qu'après, expiration de l'année de grâce et après la transcription de la vente, pourraient encore primer les créanciers chirographaires? Pour être conséquent, il faudrait aller

jusque-là. Or nous ne pensons pas avoir besoin de démontrer que cette conséquence est inadmissible en droit, et que par suite l'exemple cité par l'arrêt de Paris a une véritable portée d'analogie avec notre question.

IV. L'*article* 2146 nous dit-on encore, *est si peu un obstacle aux effets d'une inscription prise plus d'un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, qu'il n'empêche pas ceux de l'inscription prise dans l'année.*

La raison de différence entre ces deux périodes de temps est trop évidente pour que nous ayons besoin d'insister. Pendant l'année l'hypothèque était dispensée d'inscription; elle se trouvait dans une position équivalente à l'état des hypothèques ordinaires inscrites. Si cette hypothèque est inscrite dans le courant de l'année, elle est censée avoir été toujours à l'état d'inscription ; il n'a pu y avoir déchéance puisque les prescriptions légales ont été rigoureusement remplies. Mais l'année une fois expirée, il n'en est plus de même : il s'est écoulé un temps plus ou moins long, pendant lequel l'hypothèque légale, quoique existant en réalité, était tombée dans un état passif d'inertie qui l'empêchait d'être opposable à aucun créancier, même simple chirographaire. Et si, pendant ce trait de temps, une cause légale vient s'opposer à toute inscription, comme le fait l'article 2146, le créancier subira la déchéance commune attachée à sa négligence, puisque, encore une fois, le temps des priviléges de non-publicité est passé pour lui.

V. Nous passerons sous silence plusieurs autres objections de détail qui trouvent leur réponse dans les développements qui précèdent, et nous arriverons à une dernière objection, peut-être la plus spécieuse que nous ayons vue se produire. Loin de l'affaiblir, nous allons l'exposer dans toute sa force.

Pourquoi, nous dit-on, l'article 2146 a-t-il annulé les inscriptions prises depuis l'ouverture d'une succession vacante, d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, et depuis le jugement déclaratif de faillite?... C'est que le législateur ayant considéré comme fixé l'état d'un patrimoine sans maître réel et responsable, a voulu qu'aucun créancier ne pût désormais rendre sa position meilleure à l'encontre des autres. Or si l'année de grâce accordée aux hypothèques légales pour s'inscrire vient à expirer *pendant* l'état de faillite déclarée, de succession vacante ou bénéficiaire, l'inscription prise, même

après l'expiration de l'année, ne modifiera en rien les droits du porteur de l'hypothèque légale, elle ne lui fera acquérir aucun droit nouveau à l'encontre des autres créanciers. Le droit que lui confère l'hypothèque légale, il l'avait dans toute sa plénitude lors de la déclaration de la faillite, lors de l'ouverture de la succession; l'inscription qu'il prend après l'expiration de l'année n'a pas pour but de lui attribuer un rang, mais elle est seulement l'accomplissement d'une formalité nécessaire pour réaliser son droit dans l'ordre, à l'encontre des créanciers chirographaires.

Voilà l'objection dans toute sa force. Il faut d'abord faire observer qu'elle ne peut se présenter que dans le cas où l'année de grâce est expirée *après* l'ouverture de la succession ou le jugement déclaratif de faillite; car si elle était expirée *avant*, la déchéance aurait été déjà encourue avant la prétendue immutabilité du patrimoine de la faillite ou de la succession.

Cette objection est spécieuse au premier abord, mais elle n'est pas neuve, car elle n'est pas spéciale à notre matière.

En effet, une question tout à fait identique s'élève lorsque les inscriptions des hypothèques ordinaires arrivent à leur dixième année, pendant la durée de la succession bénéficiaire, de la succession vacante ou de la faillite déclarée. Ces inscriptions sont-elles, dans ces circonstances, assujetties au renouvellement décennal, sous peine de péremption?

On comprend que les deux positions sont les mêmes. Lors de l'ouverture de la succession ou de la déclaration de faillite, l'année de grâce n'étant pas expirée, l'hypothèque légale dispensée d'inscription est dans une position parfaitement identique à l'état de l'hypothèque ordinaire inscrite; l'année de grâce venant à expirer pendant la durée de la succession bénéficiaire ou vacante, ou de la faillite déclarée, sans inscription prise, le bénéficiaire de cette hypothèque se trouve tout à fait dans la position du créancier à hypothèque ordinaire qui ne renouvelle pas l'inscription avant l'expiration des dix ans survenue pendant cet état du patrimoine.

La question de la nécessité ou de l'inutilité du renouvellement de l'inscription a divisé d'abord les auteurs et la jurisprudence des Cours impériales (V. le résumé des autorités dans M. Troplong, *Des hypothèques*, n° 660 *bis*). En faveur de l'inu-

tilité du renouvellement, on a soutenu, comme dans l'objection ci-dessus, que l'état du patrimoine étant définitivement fixé et les droits des créanciers définitivement déterminés, l'inscription avait produit tout son effet, et était par suite dispensée de tout renouvellement.

M. Troplong a parfaitement résumé de la manière suivante les réponses péremptoires que l'on a faites depuis longtemps à ces raisonnements :

« On a beau dire que la faillite fixe les rangs des créanciers ; « que la vacance de la succession ou son acceptation sous « bénéfice d'inventaire déterminent irrévocablement leurs « droits : cela est vrai en ce sens que les créanciers ne peu- « vent améliorer leur position. Mais rien n'empêche qu'elle ne « puisse se détériorer ; par exemple, la prescription peut courir « entre créanciers d'une faillite, d'une succession bénéficiaire, « d'une succession vacante ; personne ne soutiendra le con- « traire. Or qui empêche un créancier inscrit de perdre, par « la prescription décennale, le bénéfice de son inscription ? « Pour qu'on ne pût lui opposer cette prescription, il faudrait « qu'au moment où elle arrive, l'inscription eût produit tout « son effet, et j'ai prouvé qu'il n'en était rien. »

Cette opinion, soutenue en outre par MM. Merlin, Grenier, Dalloz, Duranton, Zachariæ, Baudot, etc., etc., a été consacrée par deux arrêts de la Cour suprême des 15 décembre 1829 et 29 juin 1830. Depuis lors, il ne paraît pas qu'il y ait de contradiction sérieuse. Nous en concluons qu'il en doit être de même pour l'objection que nous discutons, puisqu'il y a complète analogie, et par suite même raison de décider.

Nous adoptons donc pleinement la doctrine admise par l'arrêt précité de la Cour de Paris. M. Thiercelin considère le système de cet arrêt comme *ingénieux*, comme *très-spécieux*, mais il ne le croit pas fondé en droit. Nous le croyons au contraire tout à fait rationnel, juridique, et la doctrine qui en découle nous paraît la seule vraie, la seule conforme à la fois aux principes généraux du droit et à la véritable et saine interprétation de l'article 8 de la loi du 23 mars 1855.

BRIGUIBOUL.

DE L'ORGANISATION

DES BUREAUX DE PRÉFECTURE ET DE SOUS-PRÉFECTURE.

Par M. R. VIGNES, ancien chef de bureau au ministère des finances.

1° Des esprits sérieux se sont depuis longtemps occupés de cette question, très-importante au point de vue de la bonne et prompte expédition des affaires administratives, et à laquelle les mesures récentes de décentralisation ont ajouté un nouvel intérêt. Les propositions émises à ce sujet ont cependant rencontré des adversaires. Leurs objections ont été reproduites devant le sénat[1], à l'occasion des pétitions des employés de préfecture de trente-neuf départements demandant pour le service et pour eux quelques améliorations. Les orateurs qui ont parlé sur cette question ont tous témoigné beaucoup de bienveillance pour cette classe d'employés; ils ont reconnu l'utilité de leurs services et la nécessité d'entourer les préfets et les sous-préfets de collaborateurs laborieux et capables, ainsi que l'opportunité d'encouragements à leur accorder dans l'intérêt même du service public; mais l'idée d'une organisation des bureaux sur les bases indiquées par les pétitionnaires n'a pas rencontré la même faveur : on craindrait, paraît-il, de nuire au service et aux employés eux-mêmes, en leur donnant la qualité de *fonctionnaires;* les préfets doivent conserver sur eux toute leur autorité, et l'organisation demandée relâcherait, dit-on, les liens de la subordination, exposerait les bureaux à de fréquentes mutations d'employés et ferait perdre à ceux-ci les avantages que leur offre l'existence de caisses de retraite départementales régies par des règlements plus favorables que ceux qui concernent les employés directs de l'État.

Quand, comme nous l'avons fait, on examine attentivement, sans intérêt personnel ni parti pris, les divers côtés de cette question, on ne peut s'empêcher de reconnaître son importance et la légitimité des vœux qui ont été exprimés, et l'on regrette que, faute sans doute de renseignements suffisants,

[1] Séance du 28 décembre 1863.

des hommes éminents, d'ailleurs favorablement disposés, aient cru devoir s'arrêter devant des objections d'une valeur si contestable, comme nous essaierons de le prouver.

2° Il y a, dit-on, assez de fonctionnaires ; il ne faut pas en augmenter le nombre, ni surtout changer la situation de l'employé de préfecture, qui doit rester l'homme du préfet. — Qu'on nous permette de le dire, ce mot *fonctionnaire* est ici comme un épouvantail. Oui, sans doute, il y a assez de fonctionnaires, et l'on doit, autant que possible, éviter d'en créer de nouveaux et d'accroître ainsi les charges de l'État ; mais il ne s'agit nullement de cela : que les bureaux de préfecture soient convenablement organisés ; que leurs employés reçoivent leur commission du Ministre de l'intérieur ou du Préfet, le caractère de ces employés n'en sera pas changé ; leurs rapports de subordination vis-à-vis des préfets, ainsi que leurs devoirs, resteront les mêmes ; enfin, il n'y aura pas plus de fonctionnaires ni de charges pour le trésor que par le passé. Seulement, la position des employés sera plus régulière et semblera mieux assurée. Quoique commissionnés par le Ministre, il ne cesseront pas d'être les hommes du Préfet, en ce sens qu'ils lui devront toujours respect et déférence, et, en outre, un concours actif et d'autant plus dévoué qu'il se réunira presque toujours à des sentiments de reconnaissance et d'affection. Ils n'auront pas d'attributions propres ; le Préfet restera seul maître et responsable ; il n'y aura réellement de changé que la signature de la commission.

Les employés de préfecture *fonctionnaires!* mais ils ne le seraient pas plus que ne le sont, à Paris, les employés des bureaux des administrations centrales, et, dans les départements, les premier et deuxième commis des directions de l'enregistrement, des contributions directes et indirectes, des postes, etc, tous commissionnés par les ministres ou par les directeurs généraux, et auxquels on ne donne pas pour cela la qualification de fonctionnaires, mais bien celle d'employé ou de commis. Beaucoup d'autres agents encore, et d'un ordre inférieur, sont commissionnés de la même manière. Généralement, ce sont tous ceux dont le traitement est payé sur les fonds de l'État. Or, c'est sur ces fonds que sont aussi rétribués les employés de préfecture et de sous-préfecture, et non sur les fonds départementaux, comme quelques personnes ont

paru le croire, en disant que ces serviteurs étaient seulement des employés des départements. C'est une erreur : le Conseil d'État a reconnu[1] qu'ils étaient salariés par le Trésor ; et il suffit de jeter un coup-d'œil sur le budget de l'État pour y voir, en effet, que le crédit affecté aux frais des bureaux de préfecture et de sous-préfecture est alloué sur les fonds généraux et non sur les fonds départementaux. Les employés de préfecture et de sous-préfecture sont donc, sous le rapport du traitement, dans la même position que les autres employés de l'État; et, quant à la nature de leurs fonctions, s'il est vrai qu'ils s'occupent des affaires départementales et communales, il est également vrai que, parmi les services dont ils sont chargés, il en est un grand nombre qui intéressent plus particulièrement l'État : ainsi, les élections, la police, le recrutement, les affaires domaniales, les contributions directes, la grande voirie, tous ces services, et d'autres encore, appartenant à l'État, font partie des attributions des bureaux de préfecture et de sous préfecture. Dans la séance du Corps législatif, du 16 mai 1853, M. Stourm, conseiller d'État et commissaire du gouvernement, disait, à l'occasion de l'article 9 du projet de loi sur les pensions civiles : « On a dû se préoccuper de la question de savoir si les employés de préfecture et de sous-préfecture ressortissaient au gouvernement. *On s'est prononcé pour l'affirmative.* » Il n'est donc pas exact de dire que ces employés ne sont chargés que d'un service départemental.

Mais, ajoute-t-on, les commis des administrations financières dans les départements doivent, à raison de la nature de leurs services, posséder des connaissances spéciales qui justifient les conditions de leur nomination. Il est vrai que les employés commissionnés des bureaux des contributions directes et indirectes, des postes, etc., dans les départements, sont tenus de connaître les lois et les règlements qui régissent ces services; mais les chefs de division et les chefs de bureau de préfecture leur seraient-ils inférieurs, parce que leurs travaux embrassent à peu près tous les services publics? Ne sont-ils pas, au contraire, obligés d'avoir des connaissances plus générales, plus variées? Les préfets, dont l'action ou la surveillance s'étend à tous les services, sont, comme chefs de l'administration dans

[1] Avis de la section d'administration, du 7 juin 1849.

les départements, au-dessus de tous les directeurs ou chefs de services spéciaux; avec la haute autorité de leur position, ils jouissent d'une grande et légitime considération; et leurs collaborateurs, les employés qui les secondent le mieux et dont le concours leur est si utile, seraient placés au-dessous de ceux de services qui ne s'occupent, chacun, que d'une branche de l'administration? On ne le comprendrait pas. Cependant, il n'est que trop vrai que cette idée d'infériorité, résultat du défaut d'organisation des bureaux de préfecture, existe dans le public, au détriment du service, car elle éloigne de ces bureaux les hommes capables, lorsqu'il serait si nécessaire de les y appeler et d'augmenter le nombre de ceux que n'ont pas rebuté les mauvaises conditions de leur emploi.

On comprend tous les jours davantage la grande utilité des études administratives. Sans parler de l'école d'administration dont l'établissement avait paru opportun, il y a quelques années, et dont les élèves, destinés aux fonctions administratives, avaient été mis sur le même rang que les élèves de l'école polytechnique et de l'école normale supérieure, n'avons-nous pas, dans nos facultés de droit, des cours de droit administratif pour initier les jeunes étudiants à la connaissance des lois et règlements que l'administration est chargée d'appliquer? Et ceux qui se livrent à cette étude de la manière la plus complète, dans ses éléments divers, auraient-ils moins d'instruction et d'aptitude que les employés qui n'ont étudié qu'une partie du service public?

Dans cette question de l'organisation des bureaux de préfecture et de sous-préfecture, on perd trop souvent de vue le but que l'on doit se proposer. Ce but, quel est-il? d'assurer, par une bonne administration, la meilleure gestion des affaires publiques et locales. Or, tout le monde le sait, on ne peut faire de bonne administration, sans des employés capables. Ayez donc ces employés, et vous ne pouvez les avoir (sauf quelques rares exceptions) qu'en leur ouvrant une carrière où ils trouveront les mêmes avantages que dans toutes les autres administrations publiques, c'est-à-dire, avec la sécurité et la considération, des chances d'avancement et d'amélioration dans leur traitement et leur position.

Qu'on ne dise pas que la position actuelle des employés de préfecture vaut mieux pour eux que l'organisation qu'ils solli-

citent : cela ne serait pas exact, et ce qui le prouve surabondamment, c'est la défaveur attachée à cette position, défaveur telle que l'on voit bien peu d'hommes instruits ambitionner un emploi dans les bureaux de préfecture. Au reste, il est assez naturel de penser que ces employés ne demanderaient pas un changement qui aurait pour effet d'aggraver leur situation. Ce qui est vrai, c'est que, dans les conditions actuelles, le recrutement des bureaux de préfecture et de sous-préfecture est devenu très-difficile ; que les candidats capables sont très-rares et que cet état de choses, plus nuisible au service public qu'aux employés, appelle une réforme et des améliorations que rendent encore plus urgentes les mesures récentes de décentralisation.

3. L'objection de l'amoindrissement de l'autorité préfectorale n'est pas plus fondée que celle prise de la qualité de fonctionnaire qui serait donnée aux employés de préfecture. En effet, que les employés soient commissionnés par le ministre ou par le préfet, ils resteront toujours les subordonnés de ce dernier magistrat, qui continuera d'être l'appréciateur des services rendus et le véritable juge des récompenses ou des punitions qu'ils auront pu mériter, car il n'est pas douteux que le ministre ne statuera jamais que sur la proposition du préfet.

Parler du danger de l'indépendance des employés de préfecture ne serait réellement pas sérieux : est-ce que les employés commissionnés des bureaux des administrations centrales et des bureaux des directions financières des départements sont indépendants ? Leur commission les empêche-t-elle de remplir leurs devoirs de déférence et de subordination vis-à-vis des chefs de leur administration ? Les règles de la hiérarchie et de la discipline ne sont-elles pas, au contraire, d'autant plus exactement observées que le lien qui les rattache à leur administration est plus fort et que la perspective des récompenses ou des punitions exerce sur eux une plus grande influence ?

Dire que l'employé de préfecture doit être seulement l'homme du préfet, que le préfet étant seul responsable, doit aussi pouvoir seul disposer, à son gré, des employés de ses bureaux, ce serait, selon nous, émettre une doctrine erronée en principe et dangereuse dans ses conséquences ; car l'employé salarié par l'État est, avant tout, le serviteur de l'État, et ce serait avec de semblables idées d'entière dépendance de la personne du pré-

fet, d'absence de tout droit et d'effacement complet de toute personnalité propre qu'on déconsidérerait, sans le vouloir, la position des employés de préfecture et qu'on éloignerait les hommes capables de leurs bureaux. Eh, mon Dieu, oui, ces employés sont et resteront, quoiqu'on fasse, entièrement soumis à l'autorité et à la volonté des préfets. Cela est vrai, et même assez conforme à la nature des choses; ils le savent, et il n'est pas besoin de le leur rappeler, car, sauf les nuances, cet état de dépendance vis-à-vis de leurs chefs est une situation commune aux employés, commissionnés ou non, de toutes les administrations, à ceux que des règlements protègent, comme à ceux pour lesquels il n'en existe pas. Le fait existe, et ne sera pas détruit; mais dans l'intérêt même du service, à côté de ce fait, n'est-il pas sage d'inscrire quelques règles que l'employé puisse invoquer au besoin? Ne convient-il pas aussi de répudier cette doctrine trop absolue, et d'ailleurs contraire à la réalité, de l'obéissance passive, de la soumission aveugle de l'employé, ne serait-ce que dans l'intérêt de l'administration qui n'aurait rien à gagner à l'abaissement de ses agents?

Des bureaux fortement organisés ne sauraient amoindrir l'autorité des préfets. Au contraire, la confiance qu'inspire toujours la collaboration d'hommes honorables et instruits ne peut avoir pour résultat que d'augmenter la considération et le respect qui sont dûs à la personne et aux actes du premier magistrat du département. Nous avouons ne pas comprendre comment l'autorité des préfets pourrait être affaiblie par une mesure qui élèverait un peu la condition des employés de leurs bureaux; car, selon nous, elle devrait avoir un résultat tout-à-fait contraire. Ce n'est pas apparemment pour diminuer l'autorité des directeurs généraux de nos administrations centrales que les règlements qui ont organisé hiérarchiquement ces administrations assimilent le grade de chef de bureau à celui de directeur ou chef de service dans les départements, et placent encore plus haut le rang des chefs de division.

4. On a parlé de l'espèce de prépondérance que prendraient quelquefois les bureaux de préfecture et qu'il serait, dit-on, dangereux d'augmenter. Si ce reproche était fondé, le meilleur moyen d'empêcher les employés de franchir les limites de leur position serait d'établir celle-ci dans les conditions où elle devrait être. Les employés de préfecture ne sont pas plus que

d'autres à l'abri des faiblesses humaines. Qu'un homme qui sent sa valeur (beaucoup s'y trompent, il est vrai) soit déclassé; qu'on ne lui accorde pas ce qui lui est dû : plus on sera injuste envers lui, plus on méconnaîtra son mérite et ses services, plus il cherchera à se faire valoir; telle est l'humanité : l'injustice provoque l'injustice, mais tout rentre dans l'ordre avec le droit et l'équité. Donnez donc aux employés de préfecture une position convenable; si elle les grandit un peu, ils chercheront d'autant moins à s'élever par des moyens illégitimes.

5. Singulière contradiction! ceux qui désirent le plus que les employés de préfecture ne changent pas de position et qu'ils restent dans leurs bureaux pour y conserver la tradition, sont ceux-là même qui prétendent que ces employés sont et doivent rester exclusivement les hommes du préfet. Mais ils ne voient pas que ce système d'une omnipotence exagérée conduit à ceci : que le préfet qui change de résidence peut, si telle est sa volonté, emmener avec lui les employés qu'il désire conserver auprès de sa personne, lorsque ceux-ci d'ailleurs y consentent (les célibataires, ceux que des intérêts particuliers ne retiennent pas à leur domicile actuel y consentent presque toujours, si on leur offre un traitement plus élevé ou une meilleure position), que devient alors la tradition? Quel respect a-t-on pour elle? et si le successeur de ce préfet doit, par le départ d'un ou de plusieurs bons employés, éprouver quelque embarras, s'en inquiète-t-on?

Qui, aujourd'hui, empêche les préfets de s'enlever les uns aux autres, les employés les plus capables? Ceci n'est pas une supposition gratuite : nous pourrions citer des exemples; eh bien, un état de choses où se produisent de pareils faits qui, du reste, accusent moins les hommes que les vices de l'institution, laisse évidemment à désirer. Ces faits sont rares, dira-t-on, soit; mais il est toujours regrettable qu'un préfet puisse, pour des convenances personnelles, ou, si l'on veut, pour servir les intérêts de la préfecture où il arrive, nuire à ceux de la préfecture qu'il vient de quitter.

Nous connaissons l'honorabilité de ces magistrats, et il est loin de notre pensée de mettre en doute la loyauté de leurs intentions; mais sans blesser aucune susceptibilité, il nous semble difficile de ne pas reconnaître les inconvénients de la situation que nous venons d'indiquer. Ajoutons que ces incon-

vénients n'existeraient pas avec une bonne organisation et des employés commissionnés par le ministre, parce que le préfet ne pourrait modifier les attributions des bureaux et déplacer les employés sans l'autorisation ministérielle, laquelle ne serait, sans doute, jamais accordée au détriment du service, pour satisfaire seulement des convenances personnelles.

6. Craindrait-on d'exciter l'ambition des employés et de favoriser une trop grande mobilité dans le personnel des bureaux? on répondrait que le désir d'avancement ne serait pas plus fort qu'aujourd'hui. Depuis l'expéditionnaire à 1,000 francs jusqu'au chef de division à 4,000 ou 5,000 francs, il existe des degrés dans les grades et les traitements. L'ambition renfermée dans ces limites n'est pas un mal. La perspective de l'avancement entretient, au contraire, une salutaire émulation. Quant aux employés qui désireraient s'élever plus haut, ou passer d'une préfecture dans une autre (ils sont et resteront en petit nombre, nous en avons dit les raisons), la nomination par le ministre ne changerait rien à la situation à cet égard, ou, plutôt, elle diminuerait les causes de mobilité du personnel des bureaux : par exemple, des chefs de division recevant de 4,000 à 5,000 francs de traitement et dont la situation serait celle de tous les employés du gouvernement, seraient peu tentés, en général, de demander un emploi de conseiller de préfecture, moins bien rétribué, et d'envier une position qui ne serait ni plus honorable, ni mieux assurée que celle où ils se trouveraient déjà.

Nous croyons que, dans leur situation précaire actuelle, les employés de préfecture sont plus portés à rechercher d'autres emplois que si leur position était plus convenable et mieux assurée.

Pourquoi désireraient-ils un changement s'ils jouissaient des avantages communs à tous les employés de l'Etat? C'est là un point de vue de la question qu'on a peut-être trop laissé de côté.

Loin donc de considérer l'organisation demandée par les employés de préfecture comme étant de nature à favoriser une trop grande mobilité dans le personnel des bureaux, nous y verrions plutôt un obstacle aux déplacements, ou, du moins, ils n'auraient lieu qu'avec discernement et dans la mesure de ce qui pourrait être utile au service, sans léser aucun intérêt.

Le ministre qui aurait des renseignements précis sur le personnel des bureaux de préfecture et de sous-préfecture, sur l'exubérance des ressources que pourraient offrir quelques départements et sur l'insuffisance qui se manifesterait ailleurs, serait à portée de pourvoir à tous les besoins. Les changements de résidence d'employés auraient désormais pour unique cause l'intérêt du service, et même dans ces conditions on ne déplacerait certainement que les employés (en petit nombre, nous persistons à le croire) qui l'auraient demandé, sauf le cas où des circonstances particulières, non étrangères à l'intérêt public, réclameraient un changement indépendamment du désir de l'employé. Enfin, les préfets intéressés seraient toujours consultés; rien ne serait fait sans leur concours, et l'on éviterait ainsi, même jusqu'à l'apparence de ce qui pourrait porter la moindre atteinte à leur autorité. L'administration supérieure se garderait bien surtout de leur imposer des employés qui pourraient leur déplaire ou être pour eux une cause d'embarras ou d'ennuis.

Si l'on objectait que, dans cet ordre d'idées, les employés de préfecture n'auraient rien gagné, puisque les déplacements deviendraient plus difficiles et plus rares, nous répondrions que l'intérêt de la question n'est pas là; qu'il est tout entier dans la nécessité et les moyens d'assurer un meilleur recrutement du personnel des bureaux de préfecture et de sous-préfecture, et que ce qu'il y a de mieux à faire pour atteindre ce but c'est d'organiser ces bureaux à l'instar des bureaux des autres administrations de l'Etat, et d'ouvrir à leurs employés une carrière où ils trouveront les garanties et les avantages qu'offrent les autres administrations. L'honorable M. Stourm avait bien raison lorsque, dans la séance du Corps législatif du 16 mai 1853, il disait : « Les préfets et les sous-préfets se « plaignent chaque jour de l'insuffisance de leur personnel; « ils ont de la peine à trouver de bons chefs de bureaux et « lorsque les vacances surviennent il est difficile de les rem- « plir. Les jeunes gens qui ont de l'aptitude et de l'expérience « préfèrent les carrières libérales ou industrielles à une posi- « tion qui n'offre pas de perspective d'avenir.... La Chambre « doit vouloir que les administrations préfectorales puissent se « recruter d'employés habiles, zélés, capables de bien ser- « vir, et pour cela il faut laisser entrevoir un horizon, un

« avenir aux hommes qui acceptent ces modestes fonctions. »

« 7. On a dit que quelques employés avaient obtenu un avancement mérité ; on a cité des chefs de division devenus conseillers de préfecture ou sous-préfets, d'autres qui ont été décorés de la Légion d'honneur, et ces récompenses ont paru parfaitement justifiées et propres à exciter une utile émulation. Cela est vrai et prouve que le sentiment général est favorable à ces actes d'équité; toutefois, nous ferons remarquer que si trois chefs de division de préfecture du même département. ont, en peu d'années, obtenu des emplois supérieurs, il est très-probable qu'ils ont dû cet avancement à des circonstances particulières et à de puissantes recommandations qui ont été pour eux une bonne fortune, mais dont le résultat est une exception qui laisse peu d'espoir au plus grand nombre d'employés manquant de pareils appuis et dont le mérite et les services restent dans une profonde et décourageante obscurité. De semblables faits où le hasard est tout et où la règle n'entre pour rien font mieux comprendre combien serait utile une organisation qui permettrait à l'autorité supérieure de comparer et d'apprécier tous les services et de récompenser, en connaissance de cause, ceux qui le mériteraient le plus.

Ces récompenses, décernées avec mesure et équité, ne profiteraient pas seulement à ceux qui les auraient obtenues ; elles seraient pour tous un précieux stimulant, et contribueraient ainsi à l'amélioration du service et à la bonne et prompte expédition des affaires. La répartition des encouragements et des faveurs ayant pour base des données officielles et sûres applicables à tous les départements, serait plus égale et mieux justifiée, et on la ferait toujours, sans doute, de manière à concilier, le mieux possible, les droits acquis avec l'intérêt du service.

8. D'ailleurs, la décentralisation, loin de réclamer le maintien de la situation actuelle des bureaux de préfecture et de sous-préfecture et de leurs employés, est un motif puissant de plus pour organiser fortement ces bureaux, afin de les mettre en harmonie avec les nécessités nouvelles. Tout le monde reconnaît que les préfets doivent être entourés d'employés capables : ils ne peuvent faire de bonne administration sans de bons auxiliaires, et l'on s'étonne qu'avec les meilleures intentions, quelques personnes, tout en reconnaissant cette

vérité, repoussent les mesures qui pourraient attirer les hommes instruits vers les bureaux de préfecture.

Il est certain qu'avec des bureaux mal organisés et un personnel d'employés insuffisant les affaires ne se feront pas ou se feront mal. On se plaint de la bureaucratie et de ses lenteurs; on croit avec raison que les affaires pourraient être plus promptement expédiées, et le gouvernement a déclaré qu'il voulait pourvoir à ce besoin. Le plus sûr moyen d'y parvenir, en ce qui concerne les affaires traitées dans les bureaux de préfecture et de sous-préfecture, c'est de fortifier ces bureaux par une bonne organisation. L'honorable M. Tourangin, ancien préfet, dont le témoignage a tant d'autorité, a dit avec beaucoup de raison, dans son excellent discours au Sénat[1] :

« .... C'est par une bonne administration que vous ferez de « bonne politique, et pour obtenir une bonne administration « il faut de bons préfets et d'excellents employés de préfec- « ture. »

9. On a dit aussi que l'organisation que sollicitent les employés de préfecture et qui aurait pour conséquence la suppression de leurs caisses de retraite, serait contraire à leurs intérêts, les règlements de ces caisses spéciales leur étant plus favorables que ne le serait pour eux l'application de la loi du 9 Juin 1853 sur les pensions civiles. La réponse à cette objection exigerait quelques développements que ne nous permettent pas les bornes de cet article. Nous dirons seulement qu'il nous serait facile d'établir que si, à certains égards, les conditions d'admission à la retraite sont, dans les règlements dont il s'agit plus favorables que dans la loi du 9 Juin 1853, les employés de préfecture trouveraient, dans l'ensemble des dispositions de cette loi, des garanties et des avantages qui compenseraient amplement ce qu'ils pourraient perdre d'un autre côté. D'ailleurs, ceci est un point très-secondaire de la question, sur lequel on peut s'en rapporter aux intéressés eux-mêmes, surtout lorsqu'il s'agirait pour eux de faire un sacrifice dont ils ont dû prévoir toutes les conséquences.

Aujourd'hui, dans quelques départements, les ressources des caisses de retraite sont insuffisantes tandis qu'elles excèdent les besoins dans d'autres départements. Il résulte de cette situa-

[1] Séance du 28 décembre 1863.

tion que, dans quelques préfectures, on se voit comme contraint de maintenir à l'activité de vieux employés qui ne peuvent plus rendre que peu de services, en attendant que l'état des ressources de la caisse locale permette de leur accorder une pension. Cet inconvénient assez grave, disparaîtrait si, en s'appropriant l'actif des caisses départementales, l'État prenait la charge de toutes les pensions, opération qui, d'ailleurs, nous le croyons, serait plutôt favorable qu'onéreuse pour le trésor.

Mais, à propos de pensions, faisons encore remarquer à ceux qui craignent d'exciter les ambitions, d'encourager la mobilité des employés de préfecture, que le mal, si mal il y a, est déjà fait par l'article 9 de la loi du 9 Juin 1853 qui, à l'égard de l'employé de préfecture ou de sous-préfecture appelé à d'autres fonctions rétribuées par l'État, admet, pour la liquidation de sa pension de retraite, tous ses services dans les bureaux de préfecture et de sous-préfecture, pourvu qu'il ait rempli ses dernières fonctions et subi la retenue au profit de l'État pendant douze ans au moins. Cette disposition fut introduite dans la loi de 1853 comme un acte de justice pour les employés et dans des vues de sage prévoyance pour le service public. De bons esprits auraient désiré qu'on supprimât alors les caisses de retraite préfectorales, et que la loi sur les pensions civiles eût été déclarée applicable dans toutes ses dispositions aux employés de préfecture et de sous-préfecture. Faute peut-être d'un examen assez approfondi de la question, on préféra adopter un terme moyen, en reconnaissant d'ailleurs que les services des employés de préfecture et de sous-préfecture étaient réellement rendus à l'État et rétribués par lui, et l'on fit valoir avec raison, pour justifier cette mesure « qu'il était essentiel « et dans l'intérêt de l'État que des échanges puissent avoir lieu « entre les bureaux des ministères et ceux des préfectures[1] » réponse catégorique à l'opinion trop absolue émise aujourd'hui par quelques personnes et qui tendrait en quelque sorte à immobiliser l'employé de préfecture dans les bureaux auxquels il est attaché. Qu'on nous permette de rapporter à ce sujet un mot d'un homme de sens : on craint, disait-il, de voir sortir

[1] Paroles de M. Stourm, commissaire du gouvernement; séance du Corps législatif, du 18 mai 1853.

des préfectures les employés capables, mais le pire serait de les empêcher d'y entrer, et tel serait le résultat du système étroit qui ferait d'un bureau de préfecture, une sorte de cellule infranchissable, et, de ses employés, de simples et passifs instruments que l'on prend et quitte à volonté.

10. Enfin, on a dit encore qu'une circulaire de M. le ministre de l'intérieur (M. le duc de Padoue) du 29 juillet 1859, avait suffisammment pourvu à ce qu'il y avait à faire pour les bureaux et les employés de préfecture et de sous-préfecture. Sans doute, cette circulaire fut inspirée par une bonne et utile pensée, mais les intentions bienveillantes du ministre sont à peu près restées sans résultat, outre que les mesures qu'il prescrivait et qui n'ont reçu qu'une très-incomplète exécution, n'étaient pas de nature à suppléer l'organisation et les garanties que réclame l'intérêt du service plus encore que celui des employés.

11. De ce qui précède, il nous semble résulter qu'une nouvelle organisation de bureaux de préfecture et de sous-préfecture est commandée par les besoins du service public et les exigences nouvelles résultant de la décentralisation qui, en augmentant les attributions des préfets et des sous préfets, a rendu plus nécessaire le concours d'employés laborieux et capables; que cette organisation n'aura aucun des inconvénienst que quelques personnes paraissent redouter; que, notamment, elle n'affaiblira pas l'autorité des préfets et des sous-préfets sur leurs employés et ne favorisera pas des déplacements qui pourraient nuire au service; mais qu'en plaçant ces employés dans la même situation que tous les autres employés de l'État, en leur assurant les mêmes garanties et les mêmes avantages, elle facilitera le recrutement des bureaux de préfecture et de sous-préfecture, et fortifiera un personnel qui réclame un grand nombre d'hommes instruits; enfin que, par ce moyen, on obtiendra une meilleure administration de la chose publique, but de tous les vœux et de tous les efforts.

12. Quant aux bases de l'organisation proposée, elles sont à peu près indiquées dans la circulaire ministérielle précitée; il suffira peut-être, d'y ajouter que la nomination et la révocation des employés de préfecture et de sous-préfecture est réservée au ministre de l'intérieur sur la proposition des préfets; et si l'intervention ministérielle pour la nomination de tous les em-

ployés, sans exception, paraissait superflue, on pourrait se borner à déterminer, pour chaque classe de préfectures, un certain nombre d'employés principaux qui devraient être commissionnés par le ministre. Ainsi, par exemple : 9 employés dans les préfectures de 3e classe; 12 dans celles de 2e classe; et 15 dans celles de 1re classe, ce qui correspondrait, à peu près, aux emplois de chefs de division, de chefs de bureaux et de sous-chefs. Tous les autres employés resteraient à la nomination du préfet seul; et cette organisation aurait ainsi quelque analogie avec celle des bureaux des administrations centrales à Paris et des directions financières dans les départements, dont les employés sont nommés, les uns par le ministre, et les autres par les directeurs généraux, ou par les directeurs des départements, selon l'importance du grade et des attributions. Au reste, le résultat serait le même si, en maintenant au préfet la nomination et la révocation de tous les employés, ses décisions à cet égard étaient soumises à l'approbation du ministre, en ce qui concerne les employés principaux dont on vient de parler. Les préfets nomment aujourd'hui le tiers des percepteurs de 5e classe, les vérificateurs des poids et mesures et à d'autres emplois concernant des services rétribués directement par l'État et donnant droit à pension conformément à la loi du 9 Juin 1853. On ne voit pas pourquoi la nomination des employés de préfecture aurait, à leur égard, d'autres conséquences que celle des employés que nous venons de désigner. Ceux-ci sont incontestablement des employés de l'État; il doit en être de même des employés de préfecture, et la logique veut, comme l'équité, qu'ils soient admis à jouir des mêmes avantages.

Pour les traitements, on pourrait fixer d'une manière générale certains taux et établir des catégories en raison de l'importance des préfectures, comme l'indique l'exemple ci-après :

GRADES.	TRAITEMENTS POUR LES PRÉFECTURES (la Seine exceptée) [1].		
	1re classe.	2e classe.	3e classe.
Chefs de division.	5,500 fr.	5,000 fr.	4,500 fr.
	5,000.	4,500.	4,000
	4,500.	4,000.	3,500
Chefs de bureau.	3,500.	3,000.	2,600
	3,000.	2,600.	2,300
	2,500.	2,200.	2,000
Sous-chefs.	2,200.	2,000.	1,800
	2,000.	1,800.	1,600
	1,800.	1,600.	1,500
Commis et expéditionnaires.	1,000 à 1,600 — 900 à 1,500 — 800 à 1,400		

En outre, les traitements, ou au moins ceux des employés qui seraient commissionnés par le ministre, devraient leur être payés directement par le trésor, au moyen d'un mandatement semblable à celui qui se fait pour les autres employés de l'État, ou d'états d'émargement, comme cela se pratique dans les administrations centrales.

Enfin, il y aurait lieu de supprimer les caisses de retraite spéciales des employés de préfecture et de sous-préfecture et de décider que leurs pensions seront désormais liquidées et servies par le trésor conformément à la loi du 9 Juin 1853.

Nous ne pouvons mieux terminer ces observations qu'en empruntant encore à M. Tourangin les paroles suivantes prononcées au sénat dans la séance du 28 décembre et qui résument avec une saisissante vérité la question qui en fait l'objet : « Aujourd'hui les bureaux de préfecture ne sont pas une carrière. Les hommes qui se sentent de l'avenir n'y entrent pas; « les hommes qui ont de la valeur en sortent aussitôt qu'ils le « peuvent. Ceux qui restent tombent dans le découragement « et on est ainsi exposé à voir baisser peu à peu le niveau « d'instruction et de distinction d'un corps qui est essentiel « dans notre organisation administrative.

« ..... Je suis parfaitement convaincu que plus les employés « de préfecture auront de consistance, plus ils seront honorés, « plus ils seront éclairés, et plus les préfets auront de lustre

[1] Des traitements plus élevés seraient fixés pour la préfecture de la Seine, à raison de son importance exceptionnelle.

« et de force. Voilà ma conviction, après avoir exercé pendant « vingt ans les fonctions de préfet. Il n'y a pas un préfet qui ne « gémisse quand il entre dans une préfecture où il trouve de « mauvais bureaux[1]. »

R. VIGNES.

BIBLIOGRAPHIE.

ÉTUDES SUR LE SYSTÈME PÉNITENTIAIRE IRLANDAIS,

Par M. van der Brugghen, ancien ministre de la justice des Pays-Bas, revu après la mort de l'auteur et accompagné d'une préface et d'un appendice par M. de Holtzendorff, professeur à l'université de Berlin (Berlin et La Haye, 1864)[2].

Compte rendu par M. J. Simonnet, substitut du Procureur Général à Dijon.

Les sciences sociales, nées d'hier, empruntent leurs enseignements à la théorie et à l'expérience; elles ne peuvent sortir toutes faites des cerveaux des philosophes, et le public n'accepte leurs conclusions qu'autant qu'il peut juger par ses yeux et par des résultats palpables du mérite des doctrines. D'un autre côté, tandis que le chimiste ou le physicien peut faire à loisir les expériences les plus délicates dans son laboratoire, l'économiste ne trouve pas aisément sous sa main les données du problème dont il cherche la solution. Pour embrasser d'un seul coup d'œil les faits complexes qu'il prétend étudier, il devrait être à la fois administrateur, industriel, commerçant, jurisconsulte : il faudrait même, pour arriver à la perfection, qu'il eut vécu simultanément dans plusieurs temps et dans plusieurs lieux ou qu'il eût réuni lui-même les statistiques et les renseignements dont il veut faire usage.

[1] *Moniteur* du 29 décembre 1863.

[2] M. Bonneville de Marsangy vient de rendre compte des bienfaits du système irlandais dans le deuxième volume de son traité *De l'amélioration de la loi criminelle*. Ce magistrat éminent doit s'applaudir plus que personne de voir appliquer avec succès, dans plusieurs États de l'Europe, les vues à la fois généreuses et pratiques qu'il a émises, l'un des premiers en France, sur la libération provisoire des condamnés.

Telles sont, dans une sphère plus restreinte, les difficultés avec lesquelles se trouvent aux prises les hommes qui, depuis un demi-siècle, recherchent quel est le régime pénitentiaire le plus efficace, c'est-à-dire celui qui concilierait le mieux les intérêts de la justice et ceux du condamné.

Les esprits vulgaires ne comprennent pas les difficultés de ce problème : à leurs yeux, un criminel est un être dangereux que la justice doit frapper, que l'administration doit renfermer pendant le temps prescrit, qui sera relaxé lorsqu'il aura payé sa dette, et qu'on jettera en prison autant de fois qu'il l'aura mérité. S'il lui reste quelque raison, il comprendra que la lutte inégale qu'il a engagée contre la société n'a pour lui que des chances défavorables, et il s'abstiendra de mal faire; s'il persiste, c'est que la répression n'a pas été suffisante, et l'on peut continuer de sévir contre lui, sans le moindre scrupule.

Ainsi pensent encore plusieurs personnes, et par là on peut juger de l'énergie qu'ont dû déployer les moralistes qui, les premiers, ont pensé que la justice, en frappant les malfaiteurs, contractait à leur égard certaines obligations, et qu'il serait pour le moins utile de faire servir la peine à l'amendement du condamné. Il a fallu montrer que ce mouvement de sympathie qui portait des hommes généreux à s'occuper de la réforme morale des criminels n'était pas un pur caprice de la sensibilité, un accès de philantropie déplacée, une chimère dangereuse [1]. On commence à comprendre que la société n'a pas seulement intérêt à rendre meilleur celui qu'elle tient sous les verroux, mais encore qu'elle assume ainsi une responsabilité à laquelle elle ne saurait se soustraire. En mettant le détenu dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins, l'État en effet s'est restitué à l'individu et doit remplir envers lui les devoirs au moins les plus essentiels qu'il devait remplir lui-même. De là l'obligation, dans la mesure du nécessaire, de travailler à réveiller en lui le sens qui lui manque et la force nécessaire pour lutter contre ses instincts dépravés.

[1] M. Bonneville a combattu avec une égale fermeté cette philanthropie déplacée, qui n'a de *sollicitude*, de *dévouement* et d'*entrailles que pour le pauvre criminel* (*De la récidive*, t. I, p. 70), et le système de l'intimidation brutale, lorsqu'il écrivait : « Il y a quelque chose de mieux que l'intimidation qui éloigne du crime, c'est l'amendement qui ramène au respect des lois, aux sentiments d'honneur et de probité! (*Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire;* Paris, 1847).

Après avoir fait prévaloir cette idée, les réformateurs se sont proposé la tâche plus épineuse encore qui consiste à découvrir les moyens pratiques de réaliser cet idéal. Par une induction hardie, ils ont d'abord affirmé que l'isolement substitué à la vie en commun des prisonniers était le régime le plus efficace pour les soustraire à la contagion d'un milieu corrupteur, pour contraindre le condamné à rentrer en lui même, à mesurer l'étendue du mal qu'il a fait et à comprendre la légitimité de la peine qui l'a frappé.

Malheureusement l'expérience devait mettre à nu les dangers de ces théories trop absolues qui n'avaient pas tout d'abord tenu compte des conditions sans lesquelles les forces morales de l'homme ne peuvent se développer. N'importe; quels qu'aient été les mécomptes en cette matière, gardons-nous de méconnaître les services rendus par une école qui, pour être trop exclusive, n'en a pas moins fait preuve d'un sincère dévouement aux véritables intérêts de la société en prenant l'initiative de réformes nécessaires.

L'application trop rigoureuse du régime cellulaire a produit des résultats déplorables qui ont fait reculer de bons esprits et les ont rejetés dans l'extrême opposé. M. Van der Brugghen, dans ce livre qui se publie à Berlin et que nous avons lu avec un vif intérêt, a signalé les vices de ce régime étouffant, cruellement philanthropique, qui fonctionne encore en Angleterre, en Allemagne et en Hollande. L'auteur ne ressemble en rien à ces théoriciens qui, du fond de leur cabinet, s'arrogent le droit de juger les institutions qu'ils connaissent mal : il a exercé pendant de longues années les fonctions de la magistrature à divers degrés; comme ministre de la justice, il a porté ces questions devant la législature des Pays-Bas, il a gémi plus d'une fois des vices du système inauguré par cette *philanthropie sauvage* qu'il caractérise énergiquement. Dans la prison d'Amsterdam, il a signalé le soin avec lequel on s'était appliqué à supprimer scrupuleusement tout signe de la vie humaine; l'impitoyable « mécanisme régnant dans l'immense salle qui cachait dans les cavités monotones de sa triple galerie trois cents êtres humains qui vivaient et souffraient. »

« Rien, je l'avoue, ne me parut plus mélancolique que le chant d'un psaume, dans ce vaste tombeau de cellules entr'ouvertes, accompagné des accords qu'un pauvre aveu-

gie tirait d'un petit orgue placé au fond de la salle[1]. »

En Angleterre, on ne s'est pas contenté de construire à grands frais, avec un raffinement minutieux, des cellules où tout bruit était absolument étouffé : les détenus étaient parqués dans des stalles séparées, pendant l'exercice religieux, ou portaient des masques afin de rester invisibles les uns aux autres, le tout dans la crainte qu'ils ne se fissent quelques signes d'intelligence, ou qu'ils ne fussent reconnus plus tard par leurs anciens compagnons d'infortune. Ces puérilités, qui, sans remédier aux inconvénients qu'elles devaient prévenir, irritaient profondément les détenus, trouvaient encore des défenseurs, lorsque M. Van der Brugghen, ministre de la justice de 1856 à 1858, s'efforça de lutter contre les partisans obstinés de la détention cellulaire à outrance.

Rentré dans la vie privée en 1858, cet homme de bien qu'une mort prématurée a enlevé à son pays, étudia avec une nouvelle ardeur les moyens les plus propres à concilier les avantages de l'emprisonnement cellulaire et de l'emprisonnement en commun qu'il considérait comme également dangereux et inefficaces, lorsqu'on les appliquait exclusivement.

M. Van der Brugghen s'est convaincu que le système inauguré en Irlande par le capitaine Crofton répond le mieux à cette nécessité, et il s'est appliqué, dans son livre, à en faire comprendre l'ingénieux mécanisme, et à le justifier en théorie.

Ce régime consiste à préparer la réforme morale du condamné dans la cellule, pendant un temps limité ; à le soumettre ensuite aux épreuves de la vie commune afin de lui permettre de montrer son caractère et d'exclure sa volonté ; à lui procurer, avant son élargissement, la plupart des avantages de la liberté, c'est-à-dire un travail lucratif, à peu près affranchi de toute surveillance, et quelques occasions d'aller et de venir dans un centre populeux.

Est-ce là un idéal irréalisable? On pourrait le craindre, si l'expérience n'avait pas été aussi concluante. En France, nous accueillons volontiers les théories qui plaisent à notre intelligence par l'enchaînement des idées, par la méthode ingénieuse qui les a coordonnées ; mais il faut convenir, en même temps, que nous nous laissons décourager non moins aisément, tous

[1] Introduction, p. 5.

sitôt que leur application ne satisfait pas complétement et sans trop de retard notre bon sens pratique. Le système de l'emprisonnement cellulaire nous a beaucoup séduits; mais nous avons été presque aussitôt rebutés par les effets désastreux qu'il a pu produire sur l'intelligence, la santé ou la vie de quelques-uns des malheureux qui ont été soumis à cette épreuve rigoureuse. Aussi les réformateurs qui voudront désormais faire prévaloir leurs conceptions en cette matière, devront s'efforcer avant tout de les justifier par les résultats acquis plutôt que par les principes qui leur servent de base. Disons donc tout d'abord quelques mots des bienfaits qu'a déjà produits le système irlandais.

Les condamnés à la peine de la servitude pénale, qui remplace la transportation, sont soumis successivement à plusieurs régimes qui vont en s'adoucissant depuis l'emprisonnement cellulaire jusqu'au travail libre; ils ne passent d'une épreuve à l'autre qu'après l'avoir mérité par leur bonne conduite.

La première phase d'emprisonnement cellulaire, pendant laquelle le détenu est traité avec le plus de rigueur, ne dure que quatre mois; pendant la seconde phase, qui est de cinq mois, sa nourriture devient plus substantielle, et lorsque son tempérament l'exige, le travail sédentaire est remplacé par le travail en plein air. Pendant les neuf mois, durée normale de cette double période, les prisonniers sont renfermés à Mount-joy, et l'on tient note de leur conduite avec un soin tout particulier.

A ce régime succède l'emprisonnement en commun que le condamné subit à Spike-Island : il est isolé pendant la nuit; mais pendant le jour, il est employé avec ses compagnons à des travaux manuels qui durent depuis six heures du matin jusqu'à sept heures au plus tard. Son séjour dans cet établissement peut être abrégé, s'il se conduit bien; mais il doit traverser quatre classes et mériter par de bonnes notes de passer dans la prison intermédiaire, troisième phase du régime irlandais, qui en forme le caractère distinctif.

Elle est destinée à préparer le condamné à la liberté par l'usage même d'une liberté relative qui permet de juger s'il s'est suffisamment amendé et si l'on peut sans danger lui ouvrir les portes de la prison. Les mieux notés y jouissent de toutes les franchises compatibles avec la discipline d'un grand établisse-

ment pénitentiaire; mais à l'inverse, un écart de conduite est puni par une sorte de déchéance qui ramène le coupable à Spike-Island [1].

A l'expiration de cette période, le condamné obtient un congé provisoire qui équivaut à une grâce révocable. Il est en liberté : il ne diffère de celui qui a subi définitivement sa peine que par l'obligation qui lui est imposée de se présenter au bureau de police, et par la surveillance toute protectrice à laquelle il est soumis.

Les libérés eux-mêmes ne considèrent pas cette surveillance comme une entrave apportée à l'exercice d'une liberté raisonnable, mais se trouvent disposés à l'accepter comme un moyen destiné à leur procurer des facilités de travail plus grandes pendant la durée de leur congé [2].

Ne nous laissons pas effrayer par la complication apparente de ce système, et allons de suite aux faits tels quils ont été observés par M. de Holtzendorff, l'éminent professeur de Berlin, dans les visites qu'il a faites aux divers établissements qui fonctionnent en Irlande.

Disons d'abord que les criminels soumis à ce traitement moral sont des hommes de la pire espèce, et qu'à l'exception du meurtre (les meurtriers sont assujettis à un autre régime), il n'est guère de crimes dont les détenus visités par ce publiciste ne se fussent rendus coupables. Sur 118 prisonniers qui, le le 22 août 1861, se trouvaient dans la prison intermédiaire, c'est-à-dire à la veille d'obtenir le *ticket of leave* ou congé provisoire, 94 étaient des récidivistes; sur 247 prisonniers confinés à Mount-joy, dans le cours de l'année 1860, 195 appartenaient à la même catégorie; et sur 213 qui étaient entrés dans la période quinquennale de l'emprisonnement cellulaire, 170 avaient obtenu, par leur conduite irréprochable, la réduction d'un mois sur cette même période.

Mais le tableau le plus satisfaisant est celui du régime des prisons intermédiaires tel que l'ont tracé les auteurs des relations publiées par M. Van der Brugghen : « Notre première vi-

[1] Les rechutes sont ainsi moins dangereuses; c'est dans ces prisons que se complète *la convalescence* des condamnés, dont M. Bonneville de Marsangy se préoccupait dès l'année 1847 (*Traité des institutions complémentaires du régime pénitentiaire*, p. 578).

[2] P. 260.

site, dit une femme qui a publié son récit dans un périodique anglais [1], fut destinée à *Lusk-common* (où les condamnés se livrent à divers travaux agricoles). Personne ne se serait douté qu'ils n'appartinssent pas à la classe ordinaire des ouvriers; ils ne portaient aucun costume de prison, c'était simplement celui des paysans. Aucun gardien chargé de leur surveillance... Ils manaient le pic et la bêche, sans avoir rien de cet air de répugnance qui est propre aux hommes obligés de fournir une certaine tâche de travail forcé, et comme des ouvriers libres, ils s'appliquaient à gagner une journée de travail aussi grande que possible.

« On ne pouvait se figurer que ces hommes fussent réellement des prisonniers condamnés, qui plus est, pour des offenses très-graves, à de longues années de servitude pénale, des hommes en un mot de la même trempe que ceux qui, récemment, se sont révoltés avec fureur à Portland, et qui, plus récemment encore, n'ont été contenus, à Chatham, que par les mesures les plus rigoureuses après s'être livrés aux excès les plus féroces contre leurs gardiens. »

La prison intermédiaire de Smithfield, où sont renfermés les détenus qui s'occupent à des métiers sédentaires, est située dans la ville même de Dublin. Un certain nombre de ces hommes traversent la cité où ils ont des travaux à exécuter, sous la conduite d'un seul gardien. D'autres sortent seuls pour faire des commissions, des emplettes dont ils s'acquittent avec fidélité. Le nombre des prisonniers qui, après avoir parcouru les stages inférieurs, parviennent aux prisons intermédiaires, peut être évalué à 75 pour 100 de la totalité des détenus; enfin sur 1,670 condamnés qui dans l'espace de six années, ont séjourné à Lusk-common et à Smithfield, 46 seulement ont été disciplinairement renvoyés à Spike-Island.

Quant aux femmes, les maisons de refuge remplacent pour elles la prison intermédiaire; or, dans le même espace de temps, sur 445 pensionnaires de ces établissements, 16 seulement ont été ramenées dans la prison inférieure.

Nous avons parlé des habitudes de travail que l'on donne aux détenus : ces occupations, de même que le salaire qui peut leur être accordé, sont graduées avec discernement. Au

[1] *Once a week*, vol. V, décembre 1861.

travail humiliant de la cellule succède le travail sérieux, conforme aux aptitudes de chacun : alors son salaire peut s'élever de 2 à 3 ou 4 pence. Quelques détenus font des épargnes, afin d'être en mesure de fournir au maître qui consentira plus tard à les occuper un cautionnement destiné à répondre de sa bonne conduite. C'est là une salutaire éducation que celle de l'économie ; mais le bienfait le plus précieux qu'ils reçoivent est celui d'une instruction qui porte des fruits immédiats.

L'enseignement destiné aux prisonniers dans les prisons intermédiaires, est assez élémentaire pour convenir à des individus dépourvus de toute instruction ; mais en même temps, il est assez intéressant et assez élevé pour convenir à des hommes mûrs, ayant acquis une certaine expérience de la vie. L'auteur de la relation anglaise que nous avons déjà citée a observé avec soin les résultats obtenus par M. Organ, l'éminent instituteur qui a dévoué sa vie à cette tâche difficile. Le samedi soir, les prisonniers se font entre eux des questions et des réponses sur les matières de l'enseignement de la semaine : les personnes qui ont assisté à cet exercice ont été frappées de l'intelligence avec laquelle cet enseignement est compris de ceux auxquels il s'adresse, de l'intérêt qu'ils portaient à ces cours, de l'entrain avec lequel ils s'y prêtaient en général. Enfin, et ce résultat est peut-être le plus significatif, la bibliothèque de ces établissements s'est formée au moyen de cotisations volontaires, prélevées sur le modique salaire des prisonniers, et à la suite d'une proposition due à leur initiative personnelle. Enfin il est arrivé qu'après leur élargissement, quelques-uns d'entre eux ont continué de faire des dons en argent pour l'augmentation de cette bibliothèque, à laquelle ils avaient dû leurs premières jouissances intellectuelles.

Ce régime a été décrit par M. Davesiès de Pontès en 1858, dans un article de la *Revue des Deux-Mondes* qui avait beaucoup frappé M. Van der Brugghen. Mais, à cette époque, l'expérience était loin d'être complète : aujourd'hui, les merveilleux résultats obtenus sont plus éloquents encore que les tableaux séduisants que l'on pouvait faire, il y a six ans, du régime établi par le capitaine Crofton en Irlande. Admettons cependant que ces expériences n'ont pas eu lieu sur une vaste

échelle, qu'elles ont été faites dans des conditions exceptionnelles par des hommes éminents et dévoués; admettons encore, et cette hypothèse est démentie par les faits les mieux observés, que les condamnés soumis à ce traitement ne méritent leur admission dans les classes supérieures que par des manœuvres hypocrites, par une conduite intéressée qui ne se soutiendra pas plus tard.... Ce serait là un jugement anticipé des plus téméraires. Mais alors même que ces sinistres prévisions se vérifieraient, il ne serait pas moins vrai que pendant la durée de leur peine, un certain nombre de malfaiteurs dangereux se sont pliés avec une rare facilité à la discipline qui leur a été imposée; qu'ils se sont livrés à un travail lucratif et salutaire; que, pendant plusieurs mois, il a suffi de les traiter avec bienveillance pour obtenir d'eux une conduite irréprochable et qu'ils n'ont pas trompé la confiance à peu près illimitée qui leur a été accordée. Au fond, nous sommes persuadé que le temps ne fera que confirmer ces résultats et qu'ils sont assez considérables pour résister à l'analyse la plus méfiante.

D'ailleurs, les faits observés en Irlande ne sont pas les seuls : rappelons, d'après M. Davesiès de Pontès, qu'à Munich et à Valence, les mêmes tentatives ont produit les mêmes effets : « De 1843 à 1845, 298 détenus étaient sortis de la prison de Munich, après un emprisonnement d'une à vingt années; 243 avaient tenu jusqu'en 1858, une conduite irréprochabls, sur lesquels 189 avaient été condamnés pour meurtres, homicides et vols qualifiés. »

A Valence, 1,500 détenus travaillant par groupes à quarante métiers différents, ont gagné chacun, en moyenne, 450 francs par an, et une fois sortis de prison, la proportion des récidivistes n'a été que de deux pour cent[1].

Que conclure de ces faits, qui dans trois contrées différentes se sont révélés d'une manière inespérée et dans un laps de temps si court? Quelque timide que soit la réponse, elle doit fermer la bouche aux criminalistes qui regardaient comme incurables les malfaiteurs frappés par la loi; et elle est bien faite pour consoler de leurs premiers échecs les réformateurs qui, après quelques tentatives malheureuses, désespéraient de

[1] *Revue des Deux-Mondes*, t. XIII (1858), p. 125.

l'efficacité du régime cellulaire. Cette conclusion, c'est que l'amendement du criminel est certainement *possible*, et que les hommes de cœur qui se sont proposé ce noble but n'ont pas été dupes d'une illusion.

Rien au monde ne peut arrêter l'essor et la diffusion d'une vérité une fois reconnue. Vainement l'on dirait que les succès obtenus jusqu'à ce jour sont des faits accidentels; qu'il est impossible et peut-être inopportun de créer partout des établissements modèles, des phalanstères où des malfaiteurs jouiraient d'un bien-être inconnu aux hommes les plus honnêtes. Sans rêver pour la classe des condamnés une sorte de république de Salente, du genre de celle qui est sortie de l'imagination d'un Fénelon, la société ne peut hésiter à détruire, et dans tous les cas, à combattre un mal certain, celui de la démoralisation des détenus, alors même que, dans les futurs contingents, cette tentative pourrait produire quelques inconvénients. La partie la plus importante du livre de M. Van der Brugghen a précisément pour objet de démontrer en quoi consistent les devoirs et les véritables intérêts de l'État en pareille matière. Il a parfaitement prouvé que les bienfaits du régime irlandais ne sont pas seulement dus aux nobles efforts d'un homme éminent, mais que le régime lui-même a pour base une étude approfondie et une connaissance exacte de l'âme humaine, de ses facultés et de ses besoins. Il a démontré que les résultats peu satisfaisants de l'emprisonnement en commun et de l'isolement absolu étaient inévitables, parce que les partisans exclusifs de l'un ou de l'autre système n'avaient pas suffisamment tenu compte des conditions de la moralité, des ressources du cœur le plus endurci et de la nature des rapports qui se forment entre l'État et le criminel frappé par la justice.

On ne saurait trop insister sur une distinction fondamentale : l'État dans ses rapports avec les citoyens jouissant de leur droit, n'est ni un apôtre ni un professeur de morale ; le domaine de la conscience lui est particulièrement interdit. Mais du moment où il s'empare d'un condamné et où il le prive du libre exercice de ses facultés, il doit à tout prix éviter de le rendre plus mauvais, ce qui arrive dans l'emprisonnement commun; l'État devient, par la force des choses, le tuteur de son prisonnier, et il doit travailler à sa réforme

morale, comme le condamné devrait le faire lui-même. En cela, de même que dans l'exercice du droit de punir, la société poursuit le but élevé auquel travaille chaque individu, et qui consiste à changer le mal en bien.

Une fois cette obligation connue, il suffit pour l'accomplir de déterminer en quoi consiste la moralité dans son essence : or il n'est pas de philosophe qui n'enseigne qu'un acte moral doit être librement voulu ; par conséquent la meilleure médication consiste à ramener l'homme dépravé à l'usage libre de ses forces morales, en évitant, autant que possible, de le réduire à l'état d'automate au moyen d'une contrainte purement matérielle. Telle est la règle que lord Stanley proclamait en d'autres termes : La réforme de l'homme ne peut être l'œuvre d'un procédé mécanique. Le vice capital du régime cellulaire absolu consistait précisément dans une contrainte en quelque sorte mécanique : le prisonnier était mis dans l'impossibilité de nuire ; il était astraint à un travail fastidieux auquel son intelligence restait étrangère et à des exercices religieux déterminés. Il n'était encouragé ou soutenu ni par l'émulation ni par l'exemple de ses compagnons, qui restaient pour lui invisibles. Chose non moins fâcheuse, l'absence de tout contact avec d'autres hommes le mettaient dans l'impossibilité d'exercer une seule de ses facultés, de se montrer tel qu'il était avec ses qualités et ses défauts : s'il ne devenait pas fou, il rentrait dans le monde, aigri par la souffrance et certainement plus faible moralement qu'il n'était le jour de sa condamnation.

En Irlande, ainsi que nous l'avons dit, l'isolement n'est plus employé que pendant un temps limité, jugé nécessaire pour frapper vivement le condamné, pour l'amener par le sentiment d'une souffrance justement infligée à réfléchir sur le crime qu'il a commis, à le considérer comme un mal qui engendre nécessairement, pour le coupable, un mal équivalent. Les rigueurs et les tracasseries inutiles, qui développaient chez le condamné la ruse et l'astuce, ont été supprimées : en même temps, l'espoir de voir la durée de sa détention abrégée, l'engage à mériter quelques adoucissements par une conduite irréprochable.

L'emprisonnement en commun qui suit cette période est un immense soulagement pour le détenu qui, d'après toutes les

expériences faites, accueille comme un bienfait le travail plus sérieux qui lui est imposé ; sa responsabilité morale est en jeu, on entretient son activité par l'émulation ; les gardiens, et plus certainement encore les instituteurs chargés de donner à ces malheureux quelque teinture d'instruction élémentaire, apprennent à connaître leur caractère. On considère cette phase de la vie en commun, malgré ses inconvénients, comme la condition indispensable de l'amendement des criminels ; on est parti en effet de cette idée que tout acte immoral est une défaillance de la volonté ; que le danger, en cette matière, serait de l'affaiblir ou de la briser ; que le véritable remède consiste à en retremper les ressorts par l'infusion d'une énergie nouvelle, au moyen d'une gymnastique morale soutenue. Chaque épreuve, écrit notre auteur, chaque triomphe de la volonté libre, dans la sphère la plus modeste, augmente la somme de la force morale et donne le droit à l'observateur attentif d'en espérer toujours davantage et de lui accorder une plus haute mesure de confiance.

Le champ d'activité offert au condamné est plus large dans cette prison intermédiaire qu'il traverse avant de recevoir son congé provisoire ; s'il n'abuse pas des faveurs dont il a été l'objet, s'il achève sans défaillance cette dernière phase de sa peine, on peut l'exposer sans trop de crainte à toutes les séductions de la vie ordinaire et libre. Si cependant la régénération morale du prisonnier n'est pas complète, qui ne voit que le danger pour la société est moins grand que si le même homme eût obtenu sa libération, sans aucune préparation ?

Il faut lire dans tous ses développements la partie théorique du livre que nous analysons. Elle est écrite dans un sentiment profondément religieux, par un homme de cœur qui a mis au service d'une saine philosophie les résultats d'une expérience consommée.

Nous ne reproduisons pas les considérations dans lesquelles il est entré sur la nécessité de mettre les lois pénales en harmonie avec le nouveau système de répression, sur les efforts qu'il convient de faire afin d'assurer au condamné du travail après sa libération. En France, on sera tôt ou tard amené à rendre la surveillance de la haute police moins rigoureuse pour celui qui y est soumis, à lui donner quelque chose de

ce caractère tutélaire qu'elle a en Irlande. Il est pourvu à ces divers besoins dans le Royaume-Uni par de nombreuses sociétés de bienfaisance et par les directeurs des prisons intermédiaires qui ont soin d'établir quelques rapports entre les détenus et des chefs d'industrie qui pourraient les employer après leur libération.

Il est certain qu'avant de faire avec un égal succès ce qui a été si heureusement accompli par le capitaine Crofton, il faudra de longs efforts qui ne seront pas toujours heureux. Il sera surtout nécessaire d'employer à cette œuvre considérable des hommes dévoués, des gardiens, des employés pénétrés de l'importance de la tâche qui leur sera confiée, animés d'un véritable esprit de charité ; nous n'en manquons pas en France.

La critique se raillera d'une entreprise qui aura pour objet de mettre au service de quelques hommes dégradés les vertus les plus rares. Et pourtant, un jurisconsulte du XVIe siècle a, dans un livre étrange, où les doctrines les plus cruelles coudoient les sentiments chrétiens, fait des devoirs du dernier des guichetiers un tableau qui n'a rien à envier aux théories morales de nos réformateurs les plus exigeants. Nous rougirions, au XVIe siècle de renoncer à atteindre l'idéal tracé par Damhouder, qui prescrit au juge de choisir pour surveiller les prisonniers, des gardiens doués des qualités suivantes :

« Eligant viros bonos, cordatos, humanos, mites, misericordes, benignos, affabiles, pios, bonæ conscientiæ, timentes Deum, qui suis captivis diligenter necessaria subministrent, eos subinde consolentur et, ut pii patresfamilias in quibusvis necessitatibus juvamen et solatium præbeant afflictis[1]. »

J. SIMONNET.

[1] *Rerum criminalium praxis*, chap. 17.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière maritime.

DE LA VENTE ET DU NANTISSEMENT DES NAVIRES ; — MUTATION EN DOUANE ; — DROITS DES CRÉANCIERS.

Par M. L. M. DE VALROGER, docteur en droit, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

§ 1.

Aux termes de l'article 195 du Code de commerce, la vente d'un navire doit être faite par écrit ; soit par acte public, soit par acte sous signature privée.

Le Code de commerce ne dit rien de plus. Mais en dehors du Code on trouve des lois encore en vigueur qui prescrivent, pour la vente des navires, certaines formalités. On sait que, pour favoriser le développement de notre marine, on a depuis longtemps attaché aux navires français des priviléges ; on sait aussi que, pour empêcher l'usurpation de ces priviléges par des navires étrangers, on délivre aux navires français un certificat qui atteste leur nationalité et qu'on appelle acte de *francisation*. Un décret du 27 vendémiaire an II disposa ainsi : « les ventes de parties du bâtiment seront inscrites au dos de « l'acte de francisation par le préposé du bureau (de la douane) « qui en tiendra registre, et auquel il sera payé 6 livres pour « chaque endossement. » Ce décret ne parle que des ventes *de parties du bâtiment*, parce que dans sa pensée la vente du navire entier devait donner lieu à un nouvel acte de francisation. La pratique a pris une autre tournure : l'usage s'est établi d'opérer toujours la mutation en douane par une simple relation au dos de l'acte de francisation, aussi bien pour les ventes entières que pour celles de portions de navire. Cet usage a été reconnu et consacré par la loi de douanes du 6 mai 1841, dont l'article 20 supprime « le droit de 6 francs établi par l'arti- « cle 17 de la loi du 27 vendémiaire an II pour l'inscription « au dos de l'acte de francisation des ventes de *tout ou partie* « *des navires.* »

Il s'agit de déterminer la portée de ces formalités, connues sous le nom de *mutation en douane*. N'y faut-il voir que des formalités administratives, sans importance au point de vue de la translation de la propriété? Ou bien au contraire la translation de la propriété en dépend-elle, et jusqu'à quel point?

Cette question s'est dans les derniers temps présentée, à deux reprises, devant la Cour de cassation dans des circonstances à peu près identiques.

Une part dans un navire avait été vendue par acte sous seing privé; mais la vente n'avait pas été déclarée en douane et mentionnée au dos de l'acte de francisation, selon la prescription de la loi de l'an II. Les créanciers du vendeur soutenaient qu'en l'absence de ces formalités la vente ne leur était pas opposable. Par ses arrêts des 26 juillet 1858 (aff. Suarès *C.* Borde) et 22 août 1860 (Pereyra *C.* Thounens) la Cour de Bordeaux repoussa la prétention des créanciers.

« Aucune sanction pénale spéciale, dit l'arrêt de 1858, n'a été attachée à l'omission de l'inscription sur l'acte de francisation de la vente du navire : si cette vente a été faite à un étranger, et qu'elle ait été dissimulée, il y aura lieu d'appliquer les amendes prononcées par la loi contre les ventes simulées; mais si la vente a été faite à un Français, l'omission de la formalité n'a pas de sanction. » L'arrêt ajoute « que les lois ne doivent pas être détournées de leur objet; que s'il est manifeste que la loi du 27 vendémiaire an II a eu pour objet de garantir aux Français les priviléges du pavillon national à l'exclusion des étrangers, rien n'indique que le législateur ait eu en vue de sauvegarder les intérêts de ceux qui auraient traité avec le propriétaire d'un navire; que s'il eût été dans la volonté du législateur que la vente de partie d'un navire ne pût être opposée aux tiers, faute d'inscription de la vente sur l'acte de francisation, il n'eût pas manqué d'attacher cette sanction pénale à l'inobservation de cette formalité; que ce serait donc ajouter, soit au décret du 27 vendémiaire an II, soit au Code de commerce, que de décider que la vente de partie d'un navire ne peut être opposée aux tiers lorsqu'elle n'a pas été inscrite sur l'acte de francisation. »

Dans son arrêt du 22 août 1860 la Cour de Bordeaux, tout en proclamant de nouveau le caractère exclusivement politique de

la loi de l'an II, reconnaît que si le propriétaire d'un navire le vendait successivement à deux personnes et que le second acquéreur fît le premier inscrire son nom au dos de l'acte de francisation, cette inscription pourrait être considérée comme une prise de possession qui lui permettrait de se prévaloir de la disposition de l'article 1141 du Code Napoléon et le rendrait propriétaire par préférence au premier acquéreur, quoique son titre fût postérieur en date. Mais l'arrêt ne le décide ainsi que par application de l'article 1141; et il dit expressément que le défaut d'inscription sur l'acte de francisation ne pourrait pas être opposé à un acquéreur par les créanciers du vendeur, lesquels n'ont pas d'autres droits que leur débiteur.

Ces deux arrêts ayant été déférés à la Cour suprême, ont été cassés par elle les 3 juin 1863 et 16 mars 1864[1]. D'après la Cour de cassation, les formalités prescrites par la loi du 27 vendémiaire an II n'ont pas été suggérées seulement par un mobile politique et un intérêt de police : elles ont encore eu pour objet de permettre aux tiers de s'assurer des mutations opérées dans la propriété du navire. En l'absence de ces conditions la vente ne peut être opposée aux tiers; elle ne peut l'être par suite aux créanciers du vendeur, lesquels doivent être ici considérés non comme ses ayants cause, mais comme des *tiers* ayant un droit propre et distinct. La Cour ne fait aucune distinction entre les créanciers antérieurs et ceux postérieurs à la vente; cette vente n'est réputée exister à l'égard des uns et des autres qu'à partir de la mutation en douane.

Le système consacré par la Cour de cassation est, on le voit, directement contraire à celui de la Cour de Bordeaux.

Entre ces deux systèmes se place un système mixte proposé par M. Dufour. Comme la Cour de Bordeaux, M. Dufour ne veut voir dans la loi de l'an II qu'une loi politique. Il en conclut que l'omission de la formalité administrative ne peut, en principe, invalider la mutation. Mais il ajoute que, si cette omission a induit des tiers en erreur et leur a causé ainsi un préjudice, ils auront droit à des dommages-intérêts et pourront à ce titre être recevables à ne pas reconnaître la mutation qui leur préjudicie. M. Dufour ne fait aucune distinction entre les tiers, et paraît prendre le mot *tiers* dans le sens de l'article 1690 du

[1] Dall., 63, 1, 289. — *Ib.*, 64, 1, 161.

Code Napoléon, c'est-à-dire comme désignant même les créanciers du vendeur. Ses créanciers pourront donc eux-mêmes opposer le défaut de mutation en douane, mais ils ne le pourront que s'ils ont été par là induits en erreur : ils ne le pourront pas si, malgré l'absence de la formalité, ils ont connu la vente en contractant.

De ces trois systèmes, lequel mérite la préférence?

Je repousse tout d'abord le système de M. Dufour comme reposant sur une contradiction. En effet, si l'on admet avec M. Dufour que la loi de l'an II a un caractère exclusivement politique et que cette loi n'a aucunement entendu subordonner les effets de la mutation à l'accomplissement de la formalité par elle prescrite, comment les tiers pourraient-ils se prévaloir contre l'acquéreur de dispositions auxquelles toute considération de leur intérêt à été étrangère?

Il faut évidemment opter entre les deux premiers systèmes. La question étant ainsi posée, je n'hésite pas à préférer le système de la Cour de cassation.

Par quels motifs?

Dans son arrêt du 3 juin 1863, la Cour de cassation s'est spécialement fondée sur les articles 190, 193, 196 et 226 du Code de commerce. Ces articles ne me paraissent pas trancher la question.

Des trois premiers articles il résulte sans doute que les navires sont plus que les autres meubles affectés aux droits des créanciers, que les priviléges, par exemple, ne sont éteints (art. 193) qu'après un voyage fait *sous le nom et aux risques de l'acquéreur*, ce qui, dira-t-on, suppose une mutation en douane opérée par lui. Mais de quoi s'agit-il? D'un droit de suite. Autre est la question de savoir quand la vente devient opposable aux créanciers, autre celle de savoir, en présence d'une vente qui leur est opposable, jusqu'à quel moment peut s'exercer leur droit de suite. Il faut d'autant moins confondre ces deux questions que, comme je le démontrerai plus bas, le droit de suite dont parle l'article 193 n'appartient pas à tous les créanciers. La question, au point de vue des créanciers en général, veut être examinée en faisant abstraction du droit de suite et des dispositions qui les réglementent.

Quant à l'article 226, il exige que l'acte de francisation soit toujours à bord du navire. Mais pourquoi? Serait-ce parce que,

dans la pensée du législateur, c'est cet acte seul qui constate l'état de la propriété? Ne peut-on pas répondre, avec la Cour de Bordeaux, que si la loi veut que le capitaine ait à bord l'acte de francisation, « c'est uniquement pour établir la nationalité « du navire, puisqu'il doit être aussi muni de l'acte de pro- « priété, ce qui serait inutile s'il ne pouvait y avoir d'autres « propriétaires que ceux dont les noms figurent sur l'acte de « francisation[1]? »

Reconnaissons donc que ces textes du Code ne pourraient justifier la décision de la Cour de cassation. La Cour semble l'avoir compris, car dans son second arrêt, celui du 16 mars 1864, elle a pris soin d'invoquer en outre les précédents de l'ancien droit sur la matière.

C'est là en effet, à mon avis, que se trouve la solution de la question.

Mais avant de parler de l'ancien droit, jetons d'abord un coup d'œil sur la loi de l'an II.

Le décret du 27 vendémiaire an II a paru à un moment où l'on avait particulièrement en vue de protéger la marine française. La Convention venait d'entrer en lutte avec l'Angleterre. Frappée de l'essor que Cromwell donna à la marine anglaise en fermant aux navires étrangers par son acte de navigation les ports de l'Angleterre, la Convention avait voulu suivre l'exemple de Cromwell : elle avait aussi donné à la France son acte de navigation, destiné également à protéger les navires français contre la concurrence étrangère (21 septembre 1793).

C'est deux mois après que paraît le décret du 27 vendémiaire an II, destiné à compléter les dispositions de l'acte de navigation, comme l'indique la rubrique de ce décret : *Décret contenant des dispositions relatives à l'acte de navigation.* — Ces dispositions peuvent se résumer ainsi : Tout bâtiment doit être muni d'un congé et d'un acte de francisation. Le congé, au moins pour les bâtiments au-dessus de 30 tonneaux, doit être renouvelé à chaque voyage (art. 9). Il n'est délivré, ainsi que l'acte de francisation, qu'après la déclaration faite sous serment des noms des propriétaires, qui tous doivent être Français (art. 13). Les déclarations fausses et

[1] Arrêt du 22 août 1860. — D., 63, 1, 290.

mensongères sont sévèrement punies (art. 15). Les noms des propriétaires déclarés figurent dans le congé et l'acte de francisation (art, 9, 13). Toute vente du bâtiment contiendra copie de l'acte de francisation et sera faite devant un officier public (art. 18).

Telles sont les dispositions au milieu desquelles apparut, celle qui exige l'inscription ou la vente du navire au dos de l'acte de francisation et sa mention sur les registres de la douane (art. 17).

Quand on parcourt l'ensemble de ces dispositions, qu'on examine les circonstances dans lesquelles parut le décret de l'an II et le titre même du décret qui le rattache si étroitement à l'acte de navigation, on est forcé de reconnaître que, comme l'acte de navigation, il a été principalement dicté par des considérations politiques. Mais de ce que le *mobile* de ce décret a été politique, faut-il conclure que toutes ses dispositions, notamment l'article 17 qui nous occupe, doivent rester sans effet par rapport au droit privé? Non, et c'est ici que prend place le rapprochement historique fait par la Cour de cassation.

Au temps de l'ordonnance de 1681 sur la marine, il existait déjà un règlement daté de Strasbourg, 24 octobre 1681, qui avait prescrit pour la vente des navires des formalités tout à fait analogues à celles exigées par le décret de l'an II. Le règlement de 1681 qui, comme le décret de l'an II, eut pour but de prévenir l'usurpation par les étrangers des priviléges attachés à la nationalité, les excluait de toute part dans la propriété des navires français. En conséquence, il voulait que quiconque achèterait un navire en fît la déclaration au greffe de l'amirauté en indiquant les noms des propriétaires, et que le contrat de propriété fût enregistré audit greffe.

En rapprochant ces dispositions de l'article 17 de la loi de l'an II, on aperçoit de suite leur intime relation. Comment les formalités du règlement de 1681 se sont-elles changées en celles de l'article 17 du décret de l'an II? C'est ce qu'il est facile d'expliquer. L'amirauté ayant disparu avec la révolution, le décret du 9 août 1791 décida que les actes de propriété seraient désormais enregistrés aux tribunaux de commerce. C'est aux tribunaux de commerce, en effet, que furent dévolues à l'origine les attributions tant administratives que judiciaires

des amirautés. Mais on ne tarda pas à comprendre qu'il convenait de séparer l'administration et la juridiction. Les anciennes attributions administratives des amirautés furent partagées entre l'administration de la marine et la douane. C'est à la douane que dut dès lors échoir en partage la mission de recevoir les déclarations relatives à la vente des navires. La formalité ne resta pas tout à fait la même qu'au temps de l'ordonnance : elle dut être mise en rapport avec les dispositions nouvelles et la création des actes de francisation. Mais il ne faut pas perdre de vue que l'article 17 de la loi de l'an II n'a fait au fond que remplacer les formalités du règlement de 1681 par des formalités analogues.

Que conclure de là, sinon qu'elles ont la même portée?

Or Valin, parlant de la déclaration de propriété, nous dit que toutes les fois qu'il survient quelque changement dans les copropriétaires, « il faut une nouvelle déclaration relative aux changements, *sans quoi le vaisseau est réputé appartenir aux mêmes intéressés déclarés d'abord* [1], » Il résulte de là bien clairement que, sous l'ordonnance, la propriété d'un navire ne pouvait être transférée vis-à-vis des tiers sans une déclaration faite dans les formes prescrites [2]. Ne s'ensuit-il pas qu'on doit attacher le même effet aux formalités qui, dans le décret de l'an II, ont remplacé l'ancienne déclaration de propriété? Le rapprochement historique fait par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 mars 1864 est la vraie justification de sa décision.

Qu'on n'objecte pas qu'il n'est point permis de subordonner la translation de la propriété à certaines formalités sans une disposition claire et formelle. Le règlement de Strasbourg n'était pas plus explicite que le décret de l'an II; on voit pourtant comment il fut interprété dans l'intérêt des tiers. Remarquons d'ailleurs que le législateur de l'an II ne put ignorer la portée qui, sous l'ordonnance, avait été attribuée à la déclaration de propriété. Par cela seul qu'il prescrivit une formalité analogue, ne doit-il pas être réputé avoir voulu lui donner le même effet?

La Cour de Bordeaux objecte que le décret de l'an II, sous

[1] Comm. de l'ord., liv. II, tit. 1, art. 16.

[2] Cette formalité n'était peut-être pas suffisante au temps de l'ordonnance pour transférer la propriété (V. *infrà*), mais elle était nécessaire.

ce rapport, aurait en tout cas été abrogé par le Code de commerce qui, dans l'article 195, se borne à dire que la vente doit être faite par écrit, et qu'elle peut avoir lieu par acte public ou par acte sous signature privée, sans exiger pour l'efficacité de la vente à l'égard des tiers l'accomplissement d'aucune autre formalité. La réponse est facile. Il est certain que l'article 195 a abrogé l'article 18 de la loi de l'an II qui, comme on l'a vu, exigeait pour la vente un acte public. Mais la disposition qui prescrivait l'inscription de la vente au dos de l'acte de francisation a-t-elle été abrogée? On ne le saurait soutenir en présence de la loi du 6 mai 1841, qui reconnaît expressément cette formalité comme étant toujours en vigueur. Or, si elle est toujours en vigueur, pourquoi ne pas lui conserver le même effet? La Cour de Bordeaux arrive à dire que cette formalité n'a pas de sanction. Est-ce admissible? Que signifierait une formalité dont on pourrait impunément se dispenser?

L'idée de subordonner la transmission des navires à certaines formalités qui en assurent la publicité nous apparaît dans plusieurs législations étrangères. « La propriété des navires en tout ou en partie, dit l'art. 309 du Code hollandais, ne pourra être transférée qu'en vertu d'un acte écrit et transcrit sur un registre public à ce spécialement destiné. » Le Code portugais contient une disposition analogue. En Angleterre, la publicité des ventes de navires a été également organisée[1]. Faut-il s'en étonner? Le crédit, qui est l'âme du commerce maritime, comme de tout autre, ne réclame-t-il pas impérieusement cette publicité? La France, qui se glorifie avec raison d'être une puissance maritime de premier ordre, ne devait pas sous ce rapport rester en arrière. On est heureux de trouver aussi organisé dans nos lois, pour les ventes de navires, un système de publicité. On doit sentir le prix d'un pareil système, surtout de nos jours où l'idée d'affermir le crédit par la publicité des aliénations a pénétré de plus en plus dans les esprits et la législation. Si l'on a cru devoir rétablir la publicité pour l'aliénation des immeubles, comment l'aliénation des navires, qui ne sont, comme on l'a très-bien dit, que des *maisons flottantes*, pourrait-elle rester clandestine? Grâce à la

[1] Statuts du roi George III, n° 26, art. 60, § 15; — Guillaume III, n° 708 art. 22.

jurisprudence de la Cour suprême, qui a restitué au décret de l'an II sa véritable portée, il n'en sera pas ainsi, et les navires comme les immeubles auront leur régime de publicité.

Il reste à dire comment ce régime a été organisé et comment il fonctionne.

L'article 17 du décret de l'an II exige, on l'a vu, une double inscription, l'une au dos de l'acte de francisation, l'autre sur les registres de la douane. Cette seconde formalité n'a pas eu seulement pour but d'assurer le contrôle et la conservation de la première : l'acte de francisation voyageant avec le navire (art. 226 C. comm.), il fallait faire consigner la vente sur des registres publics qu'en l'absence du navire les tiers pussent toujours consulter. — Où se tiendra ce registre? A quel bureau de douane devra-t-on s'adresser? Tout navire doit être attaché à un port, qui est comme son domicile légal. C'est au *port d'attache* que se délivrent les congés et actes de francisation [1]; c'est là aussi qu'en cas de vente doit se faire la mutation en douane. — Lorsque le navire est vendu à l'étranger, les formalités du décret de l'an II se remplissent à la chancellerie du consulat, et le consul en donne immédiatement avis au port d'attache [2], pour que la vente y soit constatée.

§ 2.

On vient de voir à quelles conditions la vente d'un navire est opposable aux tiers, spécialement aux créanciers du vendeur. Recherchons maintenant, en présence d'une vente qui leur est opposable, quels peuvent être leurs droits sur le navire. La Cour de Cassation, dans les deux arrêts cités, n'a pas eu à trancher la question, par cela même que la vente, faute de mutation en douane, n'était pas reconnue opposable aux créanciers. Mais cette question se présente ici trop naturellement pour que je ne la discute pas. Quels sont donc les droits que le Code, en cas de vente du navire suivie de mutation en douane, reconnaît aux créanciers du vendeur?

Il est incontestable que la vente même suivie de cette mutation, ne soustrait pas immédiatement le navire à l'action des

[1] Décr. du 27 vent. an II, art. 10.
[2] Ordonn. du 29 oct. 1833, art. 32.

créanciers *privilégiés* : ceux-ci conservent un droit de suite sur le navire jusqu'à ce qu'il ait fait un voyage sous le nom de l'acquéreur (art. 193).

Le même droit de suite appartient-il aux créanciers *non privilégiés?*

Telle est la question que je veux examiner.

Sous l'ordonnance, le navire, nonobstant la vente, restait affecté aux dettes du vendeur jusqu'à ce qu'il eût fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur[1]. Valin relevant ces mots de l'ordonnance : *aux dettes du vendeur*, faisait remarquer que l'article ne distinguant point, il fallait l'entendre de toutes dettes tant simples, chirographaires, qu'hypothécaires et privilégiées.

Qu'a décidé le Code?

Après avoir proclamé le caractère mobilier des navires, le législateur explique aussitôt dans l'article 190 qu'il déroge pour les navires au principe général d'après lequel les meubles n'ont pas de suite, principe consacré par l'article 2119 du Code Napoléon. L'article 190 ajoute en effet que les navires, quoique meubles, *sont néanmoins affectés aux dettes du vendeur et spécialement à celles que la loi déclare privilégiées.* Qu'est-ce que cette *affectation?* Elle implique un droit réel, un droit de suite. Ainsi 1° pour *tous* les créanciers il y a un *certain* droit de suite; 2° pour les créanciers *privilégiés* il y a un droit de suite *spécial.* Tel est, si je ne me trompe, le sens qui ressort des termes de l'article 190.

Les articles 193 et 196 vont nous montrer l'application de cette double idée.

1° Aux termes de l'article 193, en cas de vente volontaire, les priviléges ne sont éteints qu'après un voyage fait sous le nom et aux risques de l'acquéreur. C'est, on le voit, la disposition de l'ordonnance, avec cette différence qu'elle n'est établie qu'au profit des créanciers *privilégiés.*

2° L'article 190 cependant, en reproduisant les premiers mots de la disposition de l'ordonnance, a déclaré le navire affecté aux *dettes du vendeur*, sans distinction, ce qui suppose un droit de suite même pour les créanciers non privilégiés. Dans quel cas ce droit de suite commun à tous se produit-il?

[1] Liv. II, tit. 10, art. 2.

C'est ce que nous indique l'article 196. La loi prévoit le cas où la vente a eu lieu en voyage; cette vente est valable à l'égard des créanciers, sauf le cas de fraude; mais elle ne préjudicie pas aux créanciers qui, nonobstant la vente, peuvent exercer leurs droits sur le navire ou son prix. Ici la disposition de la loi est générale; elle reconnaît un droit de suite aux *créanciers du vendeur*, sans aucune distinction. Et cela se comprend. Lorsque la vente est faite en voyage, elle a lieu à un moment où les créanciers ne peuvent prévenir la vente en exerçant leurs droits : il était donc juste de les leur réserver.

La loi dans ce cas traitant sur le même pied que les créanciers privilégiés ceux qui n'ont pas de privilége, j'en conclus que les droits de ces derniers pourront alors s'exercer sur le navire aussi longtemps que ceux des créanciers privilégiés, c'est-à-dire tant qu'il n'aura pas fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acquéreur. Mais il n'en sera ainsi, encore une fois, que dans le cas de vente en voyage.

Les deux idées indiquées par l'article 190 trouvent leur explication, comme on le voit, dans les articles 193 et 196. 1° La vente du navire en voyage laisse subsister les droits de tous les créanciers du vendeur. Voilà l'application de la première partie de l'article 190 qui annonce un droit de suite pour tous les créanciers. 2° La vente faite même au port laisse subsister les droits des créanciers privilégiés. Voilà l'application de la seconde partie de l'article 190 qui annonce pour les créanciers privilégiés un droit de suite spécial.

Telle me semble être la véritable économie de la loi.

Je ne la trouve pourtant nulle part exposée. M. Cauvet est le seul auteur, à ma connaissance, qui, en cas de vente du navire au port, restreigne le droit de suite aux créanciers privilégiés; encore ne fait-il qu'indiquer ce point en passant sans le développer[1]. Les autres auteurs, appliquant sous le Code le principe de l'ordonnance, accordent, même dans le cas de vente au port, un droit de suite à tous les créanciers privilégiés ou non[2]. Et, chose étonnante, la plupart ne paraissent pas même

[1] M. Cauvet, *Revue de législ.*, t. III de 1849, p. 275. La Cour de Bordeaux dans son arrêt du 22 août 1860 paraît aussi avoir considéré l'article 193 comme spécial à la purge des priviléges (Dall., 63, 1, 290).

[2] Dageville sur l'article 193, t. II, p. 43. — Dalloz, *Rép.*, v° *Droit marit.*,

avoir soupçonné que cela puisse faire difficulté; comme si le Code était conçu dans les mêmes termes que l'ordonnance!

Cette doctrine si suivie viole ouvertement le texte de l'article 193 qui, en cas de vente au port, ne parle du droit de suite que pour les créanciers *privilégiés*. Elle viole également l'article 190 sur lequel pourtant elle prétend s'appuyer. Si en effet la première partie de cet article est générale et déclare le navire affecté aux dettes du vendeur, la seconde indique que pour les créanciers privilégiés il y a une affectation spéciale. Or la doctrine que je combats efface cette distinction.

Elle efface aussi toute distinction entre la vente en voyage et la vente faite au port, qui font pourtant l'objet de deux dispositions distinctes. Si la vente faite au port ne peut elle-même préjudicier aux créanciers quels qu'ils soient, à quoi bon le répéter dans l'article 196 pour la vente en voyage? On est forcé de reconnaître, ainsi que l'a fait M. Dufour, que cette disposition est inutile[1]. N'est-ce pas assez pour démontrer qu'on est dans le faux quand on reproduit sous le Code le système de l'ordonnance?

On a objecté les travaux préparatoires du Code[2].

Il est vrai que le projet soumis aux délibérations du Conseil d'État ne paraissait pas faire de distinction entre les divers créanciers; il portait : « les droits des créanciers privilégiés *et autres* seront éteints..... lorsque, après une vente volontaire, le navire aura fait un voyage..... » Il est certain que, si cette rédaction du projet avait passé dans la loi, il faudrait nous incliner. Mais qu'advint-il? M. Jaubert reprocha à cette rédaction qu'elle semblait faire porter l'extinction sur le fond même du droit des créanciers, sur leurs créances. Le reproche fut trouvé juste et l'article renvoyé à une nouvelle rédaction. Quel article est sorti de cette seconde élaboration? C'est l'article 193 actuel, c'est-à-dire un article qui exprime une pensée nouvelle, une distinction très-juste entre les créanciers privilégiés et les autres. Il est à croire que dans cette nouvelle discussion, dont nous n'avons pas le procès-verbal, on comprit la nécessité de faire cette distinction.

n° 289. — Bédarride sur l'article 193, n° 138. — Dufour sur l'article 190, n° 41.

[1] Dufour sur l'article 196.

[2] Dufour, I, p. 106.

En effet un droit de suite se comprend pour des créanciers privilégiés. Ce qui serait sans exemple, ce serait un droit de suite pour des créanciers non privilégiés.

Mais, dira-t-on, l'ordonnance le leur avait bien accordé : le Code a suivi l'ordonnance.

Je dis d'abord que le Code ne l'a pas suivie, puisqu'il s'est exprimé tout autrement.

Je dis en second lieu que la disposition de l'ordonnance se concevait bien d'après le droit du temps, mais que le Code de commerce a été rédigé en présence d'un principe nouveau qui ne permettait plus de maintenir le droit accordé par l'ordonnance à tous créanciers indistinctement. Ceci comporte une explication.

Pourquoi, d'après l'ordonnance, le navire restait-il affecté aux droits de tous les créanciers du vendeur sans distinction jusqu'à ce qu'il eût fait un voyage sous le nom de l'acquéreur? Valin nous révèle la raison de l'ordonnance. Après avoir constaté que, pour qu'un navire voyageât sous le nom de l'acquéreur, il fallait que celui-ci eût déclaré son acquisition au greffe de l'amirauté et pris les expéditions sous son nom[1], Valin explique pourquoi l'on maintenait jusqu'à la fin de ce voyage les droits de tous les créanciers. S'inspirant du principe alors admis de la nécessité de la tradition pour la translation de la propriété, le célèbre commentateur de l'ordonnance fait observer que, le navire étant un meuble corporel, « il convenait qu'il ne pût *efficacement changer de* « *maître* que par une tradition réelle ou sensible, ou quelque « chose d'équivalent. » Il ajoute qu'en matière de vente de navire, le voyage en mer sous le nom de l'acquéreur est une forma« lité supplétive au défaut d'une tradition réelle et sensible, « pour lui donner sa perfection et son effet contre les créanciers « du vendeur[2]. » De ces divers passages il résulte, on le voit, que, dans la pensée de Valin, la propriété des navires comme des autres meubles ne pouvait être transférée que par une tradition au moins fictive, et que cette tradition résultait de la déclaration de propriété au greffe suivie d'un voyage. Par là on s'explique très-bien que l'ordonnance eût maintenu sur

[1] Liv. II, tit. 10, art. 3.
[2] Sur l'ordonn., liv. II, tit. 10, art. 11 (t. I, p. 603).

le navire jusqu'à la fin du voyage les droits de tous les créanciers. Il ne s'agissait pas d'un droit de suite : la propriété n'était transférée qu'après le voyage accompli.

Aujourd'hui il n'en saurait être de même. Si la mutation en douane est encore nécessaire pour transférer la propriété à l'égard des tiers, il est certain que cette formalité suffit; elle n'a plus besoin d'être suivie d'un voyage, comme au temps de l'ordonnance où le voyage équivalait à tradition. La tradition n'étant plus nécessaire pour la translation de la propriété, les droits des créanciers du vendeur ne pourraient aujourd'hui être maintenus sur le navire jusqu'à la fin du voyage que si on leur reconnaissait un droit de suite. Or, je le demande, ne serait-ce pas aller contre toutes les analogies du droit que de reconnaître un droit de suite à de simples créanciers non privilégiés? Pour admettre à leur profit un pareil droit il faudrait un texte bien formel : y en a-t-il un? On a vu, au contraire, que l'article 193 ne donne un droit de suite qu'aux créanciers *privilégiés*, et que si l'article 196 reconnaît un droit de suite à tous les créanciers, c'est seulement dans l'hypothèse spéciale d'une vente en voyage. Pourquoi donc faire violence aux textes lorsque le système qui en ressort est le seul qui puisse se justifier rationnellement?

En résumé l'on voit :

1° Que jusqu'à ce qu'il y ait eu mutation en douane, la vente n'est point opposable aux tiers, spécialement aux créanciers du vendeur ;

2° Que même après la mutation en douane, jusqu'à ce qu'il y ait eu un voyage accompli sous le nom et aux risques de l'acquéreur, les créanciers conservent sur le navire un droit de suite;

3° Que ce droit de suite appartient à tous les créanciers, privilégiés ou non, si la vente a été faite en cours de voyage; que si au contraire la vente a été faite le navire étant dans le port, le droit de suite n'appartient qu'aux créanciers privilégiés.

§ 3.

Du cas de vente je passerai au cas de nantissement qui soulève des questions analogues à celles de la vente. Il importe

d'étudier l'influence que peuvent avoir sur ces questions les arrêts récents de la Cour de cassation, ainsi que la loi de 1863 sur le gage commercial.

Qu'un navire puisse être donné en nantissement, c'est ce qui n'est pas contestable. Mais comment s'opérera le nantissement? Quelles formalités devra-t-on remplir?

Rappelons d'abord quelles sont en général, tant en matière civile qu'en matière commerciale, les formes du nantissement. Le Code Napoléon subordonne le privilége du créancier gagiste à certaines formalités : il veut un acte enregistré, indiquant la somme due et contenant désignation de la chose remise en gage (art. 2074).

Cette formalité est-elle également nécessaire en matière commerciale? C'est là une question qui a été pendant longtemps fort débattue. La loi du 23 mai 1863 a mis fin à la controverse : elle a supprimé pour le gage commercial la nécessité d'un acte écrit. Le gage constitué pour un acte de commerce peut se prouver, même à l'égard des tiers, par tous les modes de preuve admis en matière commerciale selon l'article 109 du Code de commerce.

Lors donc qu'il s'agira du nantissement d'un navire, ou, ce qui revient au même, d'une part de propriété dans un navire, il faudra distinguer si le nantissement a ou non un caractère commercial, c'est-à-dire s'il est fait ou non en vue d'un acte de commerce. Au premier cas, on sera dispensé des formalités du droit civil; on devra s'y conformer dans le second.

Mais il est à remarquer que, dans tous les cas, il faut que le créancier soit mis en possession du gage. Son privilége n'existe et ne se maintient qu'à cette condition. Le Code Napoléon avait pris soin de le dire pour le nantissement civil : la loi de 1863 l'a répété pour le nantissement commercial [1].

Comment, à l'égard des navires, s'opérera cette mise en possession?

Par ses arrêts des 3 juin 1863 et 16 mars 1864, la Cour de cassation a décidé que l'acquéreur n'est saisi vis-à-vis des tiers qu'après l'inscription de la vente au dos de l'acte de

[1] V. nouvel article 92 du Code de commerce.

francisation et sa mention sur les registres de la douane, conformément au décret du 27 vendémiaire an II. Il est conséquent de décider que le créancier gagiste ne sera lui-même mis en possession vis-à-vis des tiers que par l'accomplissement de ces formalités.

En les supposant remplies, il reste à rechercher quels seront les droits du créancier auquel tout ou partie d'un navire aura été donné en gage. Le gage doit conférer un privilége : quel sera le rang de ce privilége?

Cette question qui s'agite quel que soit l'objet du gage, se présente avec une physionomie particulière lorsque le gage a pour objet un navire.

Les navires, en effet, ne sont pas régis vis-à-vis des créanciers par les mêmes dispositions que les autres meubles en général. En principe, la vente d'un meuble le soustrait immédiatement aux créanciers du vendeur. Il en est autrement, on l'a vu, pour les navires. L'article 190 indique que malgré la vente, les navires restent affectés *aux dettes du vendeur*, et les articles 193, 196 déterminent la portée de cette disposition, comme je l'ai montré ci-dessus. La vente en cours de voyage ne préjudicie pas aux créanciers (art. 196), et la vente faite même au port laisse subsister les droits des créanciers privilégiés jusqu'à ce ce qu'ils aient été purgés par un nouveau voyage (art. 193).

Ces dispositions sont-elles applicables au nantissement comme à la vente? Le créancier gagiste ne pourra-t-il se prévaloir de son titre vis-à-vis des autres créanciers que dans la mesure et sous les conditions imposées aux acquéreurs?

La Cour de cassation (10 février 1853)[1] a eu à examiner la question dans l'espèce suivante : un sieur Durocher avait passé vente de son navire aux frères Mazurier qui avaient fait inscrire la vente au dos de l'acte de francisation. Cette vente était simulée : les sieurs Mazurier voulaient simplement s'assurer sur le navire un privilége pour le remboursement d'avances faites et encore à faire pour mettre le navire en état de prendre la mer ; le sieur Durocher demeurait seul appelé à profiter des produits de la navigation ou à en supporter les pertes, comme s'il eût été toujours propriétaire du navire, et les sieurs Mazu-

[1] Dall., 56, 1, 427.

rier devaient lui en rendre la propriété légale, à la première réquisition, apres leur remboursement. Il ne s'agissait, on le voit, que d'un nantissement. Le navire ayant été vendu après un voyage, les sieurs Mazurier prétendirent s'en faire adjuger le prix. Les créanciers du sieur Durocher s'y opposèrent en soutenant que, l'acte du 10 février constituant non une vente, mais un nantissement, leurs droits sur le navire n'avaient pas été purgés aux termes de l'article 193, puisque cet article suppose un voyage fait après une *vente* volontaire. Appelée à juger la question, la Cour de cassation a commencé par dire qu'au regard des tiers l'acte du 10 février était une vente et devait en conserver tous les effets. Puis l'arrêt ajoute qu'à ne considérer cet acte que comme un nantissement, il eût été valable et utile et eût conféré un privilége par préférence aux autres créanciers qui n'avaient pas de privilége sur le prix et n'y avaient pas prétendu. « L'affectation du navire aux dettes du vendeur, dit l'arrêt, en supposant que cette affectation n'ait pas été éteinte par le voyage de seize mois après l'acte du 12 février 1853, ne constitue ni un droit de préférence ni de concours à l'égard des autres créanciers qui ont acquis un privilége sur le prix du navire par l'effet du nantissement : cette affectation, tant que le navire continue à être la propriété du débiteur, n'a pas plus d'effet que le droit qui appartient à tout créancier de se faire payer sur la chose de son débiteur comme étant son gage, et ne peut, par conséquent, être un obstacle au nantissement et au privilége qui en résulte. »

Cet arrêt me paraît déterminer exactement les droits des créanciers *non privilégiés* en présence d'un créancier gagiste. Les créanciers non privilégiés, comme je crois l'avoir démontré, n'ont pas en général de droit de suite : il est donc tout simple que leurs droits ne soient pas opposables à un créancier gagiste.

Mais que décider lorsque le créancier gagiste se trouve en concours avec les créanciers dont parle l'article 191, c'est-à-dire avec des créanciers *privilégiés?*

Ces derniers, d'après l'article 193, ont, en cas de vente volontaire, un droit de suite qui n'est purgé que par un voyage fait sous le nom et aux risques de l'acquéreur. Si au lieu d'une vente on suppose un nantissement, les créanciers pri-

vilégiés ne pourront-ils pas invoquer contre le créancier gagiste le même droit de suite, et en conséquence se faire payer par préférence au créancier gagiste, tant que leurs droits n'auront pas été purgés par un voyage? Le doute vient de ce que l'article 193 ne parle que du cas de *vente* volontaire. Mais on ne doit pas s'arrêter aux mots; il faut aller au fond des choses. Il est clair que l'article 193 s'applique non-seulement à la vente, mais encore à l'échange, à la donation, etc., en un mot à toutes les espèces d'aliénation volontaire. Or qu'est-ce que le nantissement, si ce n'est une aliénation *quatenus?* Pour donner une chose en nantissement, ne faut-il pas avoir la capacité de l'aliéner? — Interrogeons aussi l'esprit de la loi : il nous dira que ce qu'il n'est pas permis de faire au regard des créanciers par une vente, une donation, il ne doit pas être permis de le faire par un autre acte de disposition et notamment par un nantissement. On ne comprendrait pas que le créancier gagiste fût traité avec plus de faveur que l'acquéreur. La loi, au contraire, a toujours vu le nantissement avec une certaine défiance. Voyez ce qui se passe dans le cas de faillite. L'article 446 du Code de commerce frappe de nullité tout nantissement constitué depuis la cessation des payements, ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque. Il n'en serait pas de même d'une vente. Le nantissement est donc particulièrement suspect aux yeux de la loi. Comment dès lors le traiter avec plus de faveur. — Voici enfin une raison décisive. Il faut reconnaître qu'en soumettant les navires à un droit de suite, la loi les a placés sous des règles analogues jusqu'à un certain point à celles qui régissent les immeubles. Les créanciers privilégiés sur un navire sont dans une position comparable à celle des créanciers ayant hypothèque sur un immeuble. Et d'autre part la position de celui à qui un navire a été donné en gage est comparable à celle d'un antichrésiste. Or à qui le droit réel de l'antichrésiste[1] est-il opposable? Incontestablement il ne pourrait prévaloir contre des hypothèques antérieures. On doit donc de même décider que les priviléges sur les navires seront opposables au créancier ga-

[1] La question de savoir si l'antichrèse constitue un droit réel a été longtemps agitée; elle se trouve aujourd'hui tranchée par la loi de 1855 qui a soumis à la transcription les actes constitutifs d'antichrèse.

giste tant qu'ils n'auront pas été purgés dans les termes de l'article 193.

Lorsque la vente d'un navire est faite en cours de voyage, cette vente ne préjudicie pas aux créanciers (art. 196); ce qui veut dire, ainsi que je l'ai expliqué plus haut, que tous les créanciers conservent alors sur le navire un droit de suite, privilégiés ou non. Si au lieu d'une vente, c'est un nantissement qui a eu lieu en cours de voyage, je déciderais encore que le créancier gagiste, comme l'acquéreur, devra, jusqu'après la purge résultant d'un nouveau voyage, subir le droit de suite qui appartient alors à tous les créanciers.

Que disent sur toutes ces questions les auteurs? Ils ne les examinent point en général. M. Dufour, qui dans son commentaire recherche et approfondit avec tant de soin toutes les difficultés, ne paraît pas avoir songé au cas particulier d'un nantissement fait en cours de voyage : il ne parle que du nantissement fait au port. Partant de l'idée combattue plus haut qu'en cas de vente l'article 193 accorde un droit de suite à tous les créanciers, privilégiés ou non, il décide que ce droit de suite pourra être opposé au créancier gagiste par tous les créanciers si le gage a été fait, comme cela a lieu souvent, sous l'apparence d'une vente. Selon M. Dufour, le créancier gagiste, dans ce cas, ayant pris vis-à-vis des tiers la position d'un acquéreur, doit en supporter toutes les conséquences Mais M. Dufour ajoute que si l'on n'a déclaré à la douane et sur l'acte de francisation qu'un simple nantissement, le créancier gagiste n'aura plus à craindre les dispositions édictées contre l'acquéreur. Seulement il sera primé par les créanciers privilégiés, parce que, dit M. Dufour, on ne peut par des conventions porter atteinte à des priviléges constitués par la loi.

J'ai peine à comprendre ce système. Pour justifier le droit de préférence qu'il reconnaît aux créanciers privilégiés, M. Dufour se fonde sur ce qu'on ne peut par des conventions porter atteinte aux priviléges constitués par la loi. Cette idée me paraît condamnée par la Cour de cassation qui a récemment jugé que le privilége du bailleur, lequel a pour fondement un gage tacitement conféré par le preneur, prime en principe les priviléges généraux [1]. Comment,

[1] Civ. rej., 19 janvier 1864. Sirey, 64, 1, 60.

en présence de cette jurisprudence, M. Dufour pourrait-il justifier la préférence qu'il accorde aux priviléges de l'article 191 sur le privilége du gagiste? La seule et vraie raison de décider n'est-elle pas en réalité le droit de suite que l'article 193 reconnaît sur le navire aux créanciers privilégiés en cas de vente, droit qu'il faut, pour être conséquent, leur accorder également dans les autres cas d'aliénation, et particulièrement au cas de nantissement? M. Dufour accorde, en cas de vente, le même droit de suite à tous les créanciers, même non privilégiés. Qu'en devait-il conclure? C'est qu'à l'égard de tous les créanciers, sans distinction, l'effet du nantissement sera subordonné à l'accomplissement d'un nouveau voyage. Si l'on accorde, en cas de vente, le droit de suite au profit de tous les créanciers, il faudra également l'accorder en cas de nantissement. Or ne serait-ce pas annuler de fait le droit du créancier gagiste? Ne s'ensuivrait-il pas que les navires ne peuvent être l'objet d'un nantissement sérieux et utile? Ne serait-ce pas en réalité supprimer le nantissement sur navires?

Ces conséquences, devant lesquelles a reculé M. Dufour, me paraissent un argument de plus contre l'interprétation extensive qu'on a donnée à l'article 193, en appliquant à tous les créanciers ce qu'il n'établit que pour les privilégiés.

Je me résume et je conclus que le nantissement comme la vente n'est opposable aux créanciers qu'à partir de la mutation en douane; que les droits des créanciers privilégiés ne sont purgés, relativement à un créancier gagiste comme relativement à un acquéreur, que par un voyage accompli dans les conditions de l'article 193; qu'il en est autrement pour les créanciers non privilégiés, auxquels le gagiste sera préférable dès que la mutation en douane aura été opérée.

En somme, deux idées dominent la discussion à laquelle je viens de me livrer :

La première, c'est qu'on a tort d'étendre à tous créanciers le droit de suite que l'article 193 n'accorde qu'aux privilégiés;

La seconde, c'est que l'article, entendu comme je l'ai interprété, doit s'appliquer au cas d'un nantissement conféré sur navire aussi bien qu'au cas de vente.

Cette interprétation de l'article 193, restrictive sous le pre-

mier rapport, extensive sous le second, me semble être la seule qui soit logique et qui mette cet article en rapport avec les principes généraux du droit. Les vues que j'ai exposées s'éloignent des idées communes. Je ne sais si j'aurai convaincu le lecteur: mais ce système m'a paru reposer sur des raisons assez graves pour mériter au moins d'être livré à la discussion.

L. M. DE VALROGER.

LE FAUX TÉMOIGNAGE EST-IL DÉLIT D'AUDIENCE?

Par M. Marie-Paul Bernard,
docteur en droit, substitut du procureur général à Amiens.

I.

Une question de la plus haute importance dans la pratique est discutée actuellement devant les tribunaux correctionnels. Une circulaire de Son Exc. M. le garde des sceaux, adressée à tous les procureurs généraux à la date du 30 mai 1863, signale le faux témoignage décriminalisé par la loi du 13 mai de la même année, comme un *délit d'audience* susceptible d'être jugé, par conséquent, séance tenante, suivant les prescriptions de l'article 181 du Code d'instruction criminelle. La même doctrine a été adoptée par un arrêt de la Cour de Bourges [1], par les auteurs du *Journal du ministère public* [2] et par deux des commentateurs de la loi nouvelle [3].

Mais la Cour d'Amiens a rendu, le 19 août 1864, un arrrêt fortement motivé, qui repousse la conséquence que l'on veut tirer du déclassement du faux témoignage [4]. L'arrêt se fonde sur ce principe proclamé par la jurisprudence : que les articles 330 et 331 du Code d'instruction criminelle sont applica-

[1] C. de Bourges, ch. corr., 21 janvier 1864.

[2] *J. du ministère public*, art. 685.

[3] M. Dutruc, *le Code pénal modifié*, p. 153, et M. A. Pellerin, p. 204.

[4] Dans le sens de l'arrêt de la Cour d'Amiens, Morin, *J. de dr. crim.*, art. 7783, et dissertation, *Journal des audiences de la Cour d'Amiens*, 1864, p. 109 et suiv.

bles à cette infraction, devant quelque juridiction qu'elle soit commise, et il en tire cette conséquence qui n'avait pas encore été consacrée jusqu'à ce jour, que la procédure spéciale indiquée par ces articles doit être suivie dans tous les cas *à peine de nullité*.

En attendant que la Cour de cassation ait tranché ce grave conflit, il importe de rechercher l'origine des articles 330 et 331 et l'interprétation qui en a été faite par la doctrine et par la jurisprudence, afin de constater si dans la pensée du législateur ces dispositions ont dû avoir la portée qu'on veut leur donner.

Pour compléter l'examen de la thèse adoptée par l'arrêt, il sera utile aussi de peser la valeur des moyens accessoires présentés par la Cour d'Amiens ou par les jurisconsultes qui ont combattu la doctrine que la circulaire ministérielle du 30 mai 1863 avait pour but de faire prévaloir.

II.

Dans l'ancien droit on trouve des dispositions nombreuses conférant aux tribunaux le droit de réprimer, séance tenante, les tumultes, les irrévérences à l'audience, les outrages aux magistrats, à tous ceux qui concouraient à l'œuvre de la justice ou aux parties litigantes.

On trouve aussi dans les recueils de jurisprudence des arrêts nombreux qui ont puni les crimes et délits commis à l'audience par des particuliers, et ce *sans désemparer*, suivant l'expression usitée autrefois et reproduite par le Code d'instruction criminelle.

Rien n'indique toutefois que les juges fussent impérieusement tenus de procéder sans désemparer. Ils avaient le droit ou de juger séance tenante ou de laisser la procédure criminelle suivre son cours ordinaire.

« Si le crime avait été commis dans le lieu de l'auditoire « même, dit Muyart de Vouglans, et que le coupable eût été pris « sur le fait, l'usage est alors que les juges, sans désemparer « de l'audience, mettent le criminel à la garde des huissiers, « font avertir la partie publique pour donner à l'instant son « réquisitoire, nomment l'un d'eux commissaire pour entendre « les témoins, le décrètent, l'interrogent, récolent, lui font

« confronter les témoins et rendent jugement qui est prononcé « et exécuté sur-le-champ. Il y en a plusieurs exemples rap- « portés par les arrêtistes et entre autres par Bruneau (tit. 8, « maxime 32), qui observe *qu'il faut que tout cela soit fait* de « plano *et sans déplacer; qu'autrement il faudrait observer* « *les formalités et délais de l'ordonnance* » (*Instr. crim.*, p. 471).

Ni la gravité du crime ni la nature de la peine ne mettaient obstacle à cette compétence exceptionnelle, et l'on vit quelquefois des arrêts de mort prononcés pour punir des crimes flagrants (V. Larocheflavin sous le titre *Larrons, coupeurs de bourses dans le palais*).

Les juridictions civiles elles-mêmes étaient armées du droit de punir les délits d'audience. Ainsi que l'atteste Guyot, « quoique l'instruction des procès criminels ne soit pas dévo- « lue au *lieutenant civil* dans les siéges où il y a un lieutenant « criminel, cependant *il peut faire en pareil cas* le procès au « coupable arrêté; ceci lui est permis pour venger l'honneur « de son tribunal et pour rendre le châtiment plus sensible par « un exemple presque aussi prompt que la faute même. »

Ces règles ont été en quelque sorte fidèlement reproduites par les articles 181 et 507 du Code d'instruction criminelle.

Le faux témoignage, sous l'empire de l'ancienne jurisprudence, pouvait difficilement se produire à l'audience et être considéré comme crime flagrant.

Les enquêtes civiles se faisaient devant des commissaires, en dehors de l'audience.

On ne procédait à l'audition des témoins à l'audience qu'en matière sommaire. Et même en matière sommaire, devant la plupart des juridictions élevées, les enquêtes se faisaient au greffe, afin de ne pas charger les audiences.

Le plus souvent le lieutenant civil jugeait les matières sommaires, et il n'eût pas été compétent pour connaître du crime de faux témoignage qui était puni des peines les plus sévères, et même de mort.

En matière criminelle, la procédure était secrète; nul témoin n'était entendu à l'audience; par conséquent le faux témoignage ne pouvait figurer comme délit d'audience.

On sait, en effet, qu'il y avait dans la procédure consacrée par l'ordonnance de 1670 trois phases bien distinctes :

1° *L'information préalable*, dans laquelle le juge instructeur, assisté de son greffier, dressait les procès-verbaux de constat et entendait les témoins. Sur les conclusions du ministère public, le juge rendait décret qui mandait le prévenu ou ordonnait son arrestation. Après l'interrogatoire, le procès était converti en procès ordinaire, c'est-à-dire en procès civil ou réglé à l'extraordinaire.

2° Si ce mode de poursuite avait été ordonné, il y avait d'abord le récolement et puis la confrontation.

Ces deux formalités formaient la substance de la procédure secrète, car, le récolement terminé, le témoin était lié, comme il l'est aujourd'hui, par la clôture des débats. Si dans la confrontation qu'on lui faisait subir avec l'accusé, il se rétractait, il était passible des peines du faux témoignage.

Le récolement et la confrontation faits devant le juge instructeur seul remplaçaient le débat contradictoire de l'audience, la discussion et les plaidoiries.

3° En effet, ces formalités remplies, et après nouvelles conclusions du ministère public, l'inculpé comparaissait à l'audience sur la sellette. La Cour statuait sur les *faits justificatifs*, c'est-à-dire sur les moyens de défense dont l'accusé demandait à faire preuve. Si cette preuve était admise, elle se faisait de nouveau devant le juge instructeur. Après quoi l'accusé était encore interrogé à l'audience, renvoyé à la torture si besoin était, et enfin jugé sur les preuves résultant de la procédure écrite.

Comme il n'y avait jamais de débat public, c'était pendant le cours de l'information, au moment de la confrontation, que l'on rendait plainte en subornation. — Sur cette plainte, on commençait un procès en faux témoignage qui suivait la marche de la procédure secrète; on prononçait le sursis du procès principal, et, quand la procédure était complète, on joignait les deux instances. — « Quant à la poursuite, dit « Muyart de Vouglans, l'usage en pareil cas est de faire arrêter « le témoin après le récolement et la confrontation; ce qui se « fait sur la seule ordonnance du juge.

« Ce témoin étant arrêté et mis à la garde des huissiers, le « juge dresse un procès-verbal dans le cahier de la confronta- « tion ou par acte particulier dont il ordonnera la communi- « cation à la partie publique qui requerra que le témoin soit

« décrété, conduit en prison et écroué, qu'il sera informé de « la subornation » (p. 519).

Dans cette procédure nous voyons apparaître trois formalités essentielles, le sursis de l'instance principale, il serait mieux de dire de *l'information principale*, l'arrestation du témoin suspect et l'information du chef de subornation.

III.

En 1789, les réformes sollicitées par l'école philosophique sont accomplies; le droit de la défense n'est plus méconnu, et les témoignages oraux deviennent la base des jugements.

L'article 41 de la loi du 19 septembre 1791, au titre 7, relatif à la procédure et à l'examen devant le tribunal criminel, statue ainsi sur le faux témoignage commis à l'audience : — « Si la « déposition d'un témoin *est évidemment fausse*, le président « d'office en fera dresser procès-verbal et pourra, sur la réqui- « sition de l'accusateur public ou de l'accusé, faire arrêter « sur-le-champ le témoin et, après avoir reçu les éclaircisse- « ments, délivrer un mandat d'arrêt contre lui et le renvoyer « devant le jury d'accusation du lieu; l'acte d'accusation, dans « ce cas, sera dressé par le président. »

L'article 367 du Code de brumaire an IV reproduit presque textuellement l'article 41 de la loi de 1791 : — « Si, d'après les « débats, la déposition d'un témoin paraît évidemment fausse, « le président en dresse procès-verbal, et d'office ou sur la ré- « quisition, soit de l'accusateur public, soit de la partie plai- « gnante, soit de l'accusé et de ses conseils, il fait sur-le-champ « mettre ce témoin en état d'arrestation et délivre à cet effet, « contre lui, un mandat d'arrêt, en vertu duquel il le fait con- « duire devant le jury d'accusation de l'arrondissement dans « lequel siége le tribunal criminel. L'acte d'accusation, dans « ce cas, est rédigé par le président. »

La loi n'ordonne pas le sursis de l'instance principale, et l'on en comprend immédiatement le motif, c'est que les mesures prescrites ne devaient être appliquées que lorsque la déposition *était évidemment fausse*. Dès lors les jurés pouvaient apprécier l'influence de la déposition fausse sur l'accusation dont ils étaient saisis. Mais le péril d'un système qui faisait peser sur le président seul la responsabilité d'une déclaration

semblable est manifeste; on livrait à l'appréciation d'un seul magistrat l'un des éléments peut-être les plus précieux pour former la conviction des jurés.

On pourrait s'étonner que le législateur de 1791, puisqu'il ne prescrivait l'arrestation des témoins que lorsque leur déposition était évidemment fausse, n'ait pas donné au tribunal criminel ou au jury le droit de juger séance tenante le faux témoignage. — Mais il y aurait eu au jugement immédiat un double obstacle. Le premier résultait de la nécessité de déférer préalablement *tout inculpé* à un jury d'accusation. Or, comme ce jury d'accusation était tout à fait indépendant du jury de jugement, il aurait fallu violer toutes les règles considérées à cette époque comme la sauvegarde des accusés.

D'ailleurs le second obstacle était plus invincible encore : Les législateurs de 1789, 1791 et de l'an IV ne voulaient pas que les magistrats jugeassent sans désemparer les crimes et délits commis à leur audience, si ce n'est les irrévérences peu graves pour lesquelles la peine édictée n'excédait pas *huit jours* d'emprisonnement. Ils avaient brisé ainsi avec toutes les traditions de l'ancienne jurisprudence et anéanti la procédure rapide du flagrant délit d'audience. L'article 23 de la loi des 8 octobre et 3 novembre 1789 portait en effet : « Les personnes « présentes aux actes publics de l'instruction criminelle se tien- « dront dans le silence et le respect dus au tribunal et s'inter- « diront tout signe d'approbation ou d'improbation, à peine « d'être emprisonnées sur-le-champ par forme de correction « pour le temps qui sera fixé par le juge et qui ne pourra ce- « pendant excéder huitaine, *ou même être poursuivies extraordi- « nairement en cas de trouble ou d'indécence grave.* » Les articles 557 et 558 du Code de brumaire an IV reproduisaient la même règle. « Art. 557. Si quelques mauvais citoyens osaient « outrager les juges, accusateurs publics, accusateurs natio- « naux, commissaires du pouvoir exécutif, greffiers ou huis- « siers, dans l'exercice de leurs fonctions, le président fait à « l'instant saisir les coupables et les fait déposer dans la maison « d'arrêt..... Dans les vingt-quatre heures suivantes, le tribu- « nal les condamne par forme de punition correctionnelle à un « emprisonnement qui ne peut excéder huit jours. » — « Ar- « ticle 558. Si les outrages par leur nature ou les circonstances « méritent une peine plus forte, les prévenus sont renvoyés à

« subir, devant les officiers compétents, les épreuves de l'in-
« struction correctionnelle ou criminelle, telles qu'elles sont
« réglées par les titres précédents. »

Le faux témoignage ne pouvait donc, pas plus que les autres crimes, être jugé comme crime flagrant sous l'empire de la législation intermédiaire.

IV.

Les législateurs de 1791 et de l'an IV, en établissant une procédure spéciale pour constater le faux témoignage commis à l'audience des tribunaux criminels, n'avaient eu en vue que les débats des matières criminelles proprement dites et n'avaient statué ni sur le faux témoignage commis en *matière civile*, ni sur le faux témoignage commis devant les juridictions *correctionnelles*.

§ 1. — Quant *aux procès civils*, la Cour de cassation a jugé d'une manière formelle que l'article 367 du Code de brumaire an IV ne leur était pas applicable, et ceci ne manque pas d'importance, car nous allons voir que les articles 330 et 331 du Code d'instruction criminelle de 1808 ne sont que la reproduction de cet article 367.

Or, à moins de déclaration contraire du législateur de 1808, on est autorisé à donner aux articles qu'il emprunte à la législation précédente l'interprétation que celle-ci avait reçue de la Cour suprême.

Voici la notice et les motifs de l'arrêt de cassation du 29 pluviôse an IX (V. an IX, bull. n° 116) :

« Il s'agissait d'un faux témoignage en matière civile.

« Le directeur du jury, en exécution de l'article 367 du Code
« des délits et des peines, et conformément à ce qui est pres-
« crit par cet article aux présidents des tribunaux criminels,
« lorsque d'après les débats la déposition de quelque témoin
« paraît évidemment fausse, avait dressé procès-verbal des
« variétés et contradictions existant dans les enquêtes et dé-
« cerné des mandats d'arrêt. Il avait commis un excès de pou-
« voir évident, attendu que ledit article 367 *est exclusivement*
« *relatif au cas où le président d'un tribunal criminel* reconnaît,
« après les débats, la fausseté de la déposition d'un témoin.

« Considérant que dans l'espèce, où il s'agissait uniquement « d'un faux témoignage en matière civile, le directeur du jury « de l'arrondissement de Belley a commis un excès de pouvoir « évident en procédant en vertu de l'article 367 précité et con- « formément à ce qui est prescrit par cet article; qu'il est ex- « clusivement relatif à la conduite à tenir par un président du « tribunal criminel dans le cas où, s'agissant de matière cri- « minelle et de délits soumis à l'examen d'un jury, la déposi- « tion d'un témoin paraît évidemment fausse, d'après les « débats;

« Par ces motifs, le tribunal, faisant droit au pourvoi de « François Girod, Jacques Druet, etc., casse et annule les « mandats d'arrêt décernés, le 19 fructidor dernier, par le « directeur du jury susmentionné; casse et annule pareillement « toute la procédure qui a suivi, jusques et compris le jugement « du tribunal criminel du département de l'Ain, du 16 brumaire « aussi dernier;

« Renvoie les pièces du procès et les prévenus en état d'ar- « restation provisoire devant le juge de paix du canton d'An- « necy, département du Mont-Blanc, pour être par lui procédé « conformément à la loi. »

Il y a ceci de remarquable dans l'espèce que le faux témoignage résultait de dépositions reçues dans une *enquête civile* par-devant commissaire, et qu'en réalité on n'avait violé la loi qu'en ce point : que le directeur du jury, officier de police judiciaire supérieur, s'était saisi de l'information alors que d'après les articles 56 et suivants du Code de brumaire il appartenait au juge de paix de procéder à l'information et de décerner lui-même le mandat d'arrêt.

Si le tribunal de cassation cassait pour cette violation, à plus forte raison eût-il cassé si un président de tribunal civil avait fait arrêter à l'audience un faux témoin en vertu de l'article 367.

§ 2. — Le législateur de 1791 et de l'an IV a dû si peu se préoccuper du faux témoignage commis en matière correctionnelle, lorsqu'il a édicté les articles 41 et 367, qu'il a poussé l'oubli jusqu'à n'établir aucune peine contre le faux témoignage en matière correctionnelle et de police.

Il n'a prévu que le faux témoignage en *matière criminelle*

et en *matière civile.* Aussi plusieurs fois des accusés ont-ils soutenu, sous l'empire de cette législation, que le faux témoignage en matière correctionnelle et de police n'était passible d'aucune peine, et l'on en était réduit à le punir des peines édictées contre le faux témoignage en matière civile, par suite de l'assimilation faite par la procédure de l'ordonnance de 1667 entre les procès civils et les poursuites pour la répression des simples délits [1].

D'ailleurs la procédure suivie devant les tribunaux correctionnels et de simple police était si différente de celle prescrite pour les tribunaux criminels, qu'il est difficile d'admettre que l'article 367 pût s'appliquer aux premiers, puisqu'il avait trouvé place parmi les dispositions relatives à l'examen des accusés devant les tribunaux criminels.

La loi du 5 pluviôse an II, qui ordonnait de lire aux témoins, après *l'acte d'accusation,* l'article de loi qui punit le faux témoignage, n'a également été faite qu'en vue du faux témoignage commis devant les tribunaux criminels, car cette loi ne s'appliquait qu'aux faux témoins entendus *sur des accusations capitales.*

V.

De ces précédents historiques il faut conclure que le faux témoignage n'était pas considéré dans l'ancien droit comme un crime spécial, pour la constatation duquel une procédure exceptionnelle était indispensable.

Si, à l'époque où les crimes et délits d'audience étaient punis sans désemparer, le faux témoignage n'eut pas le même sort, cela tient uniquement à cette circonstance qu'il se produisait dans le cours d'une information pratiquée secrètement.

Enfin, si plus tard le législateur a pris des mesures spéciales pour constater le crime de faux témoignage commis à l'audience des tribunaux criminels, rien n'indique qu'il ait voulu en étendre l'application aux autres juridictions.

Il s'en est rapporté, pour la constatation de ce crime devant toutes les autres juridictions, au mode de droit commun qui excluait la répression immédiate des délits d'audience.

[1] V. Merlin, v° *Faux témoignage.*

Bien autrement a agi le législateur de brumaire an IV en ce qui concerne le crime de faux, qui, par sa nature spéciale, devait être recherché et constaté par des moyens et avec des formes exceptionnels. Un chapitre spécial a été consacré à la procédure du faux, devant quelque juridiction que soit produite la pièce arguée de faux, et l'on ne saurait tirer aucune analogie de ces prescriptions spéciales pour en conclure que l'article 367 devait recevoir la même extension. — Nous venons de voir que la Cour de cassation avait consacré cette interprétation quant au faux témoignage commis en matière civile.

VI.

En 1801 on prépare un projet de Code d'instruction criminelle, et ce projet est envoyé à tous les tribunaux criminels de France, afin qu'ils fournissent leurs observations.

L'un de ces tribunaux, celui du Doubs, demande que la faculté donnée au président soit étendue aux présidents des autres juridictions.

La plupart font remarquer que l'on a omis dans le projet (art. 856) d'ordonner qu'il serait dressé procès-verbal pour recueillir la déposition fausse. C'est la seule observation à laquelle il ait été fait droit.

Le tribunal criminel de la Manche demanda que le faux témoignage fût jugé immédiatement par les jurés devant lesquels il s'était produit. Le président présenta cette idée en l'appuyant de réflexions qu'il importe de reproduire au moment où la Cour suprême peut encore déclarer que les articles 330 et 331 du Code d'instruction criminelle ne sont nécessairement applicables que devant la Cour d'assises.

« Mon expérience m'a fait sur ce point adopter une idée que « je soumettrai au gouvernement, quoique je ne doute pas « qu'elle ne paraisse bizarre et hasardée, disait le président « Follet; je voudrais qu'on jugeât le faux témoin à l'instant « même, ou plutôt immédiatement à la suite du débat principal « où il a figuré; qu'il fût jugé par les même jurés et en présence « des témoins qui ont assisté à ce débat; je voudrais au moins « qu'on accordât cette faculté aux tribunaux criminels, sauf à « n'en pas user quand il y a quelque motif de craindre que « cette précipitation ne compromît l'innocence.

« Je sens que ma proposition contrarie le principe que nul « ne peut être mis en jugement avant d'avoir été accusé; mais « pourquoi ne déléguerait-on pas, dans ce cas extraordinaire, « l'accusation aux membres du tribunal? Tous ceux qui ont « rempli des fonctions dans les tribunaux criminels savent « combien les faux témoignages se multiplient par l'impunité, « et que cette impunité est encore une des causes principales « de celle de beaucoup de coupables. Or on n'atteindra jamais « les faux témoins si l'on ne prend le parti que je propose ou « quelque autre équivalent, parce que le mode de la déposition, « qui ne laisse aucune trace, est une garantie pour ce crime. « J'ai fait arrêter plusieurs faux témoins; mes prédécesseurs « en ont fait arrêter; jamais aucun n'a été condamné. La raison « en est que la preuve du faux en ce cas-là réside dans les « contradictions du témoin, contradictions constituées par des « expressions fugitives, difficiles à recueillir; elle consiste « dans sa contenance embarrassée, dans l'altération de ses « traits et de sa voix, dans l'énergie avec laquelle un autre « témoin ou l'accusé le combattent, dans l'accablement du « coupable et dans la sérénité de ceux qui le contredisent. « Toutes ces circonstances qui frappent profondément les jurés « présents ne peuvent être transmises à d'autres jurés absents, « à l'aide d'un froid procès-verbal. »

Cette proposition pouvait être d'autant moins accueillie par le législateur de 1808 en ce qui concernait le faux témoignage commis devant la Cour d'assises, qu'il n'exigeait plus, comme celui de l'an IV, que la déposition *fût évidemment fausse* pour que le témoin fût arrêté. Or, dès qu'il suffisait que la déposition *parût fausse,* il était nécessaire dans la plupart des cas que l'instance principale fût suspendue pour faire juger préjudiciellement, ou au moins en même temps que le fait principal, la sincérité de la déposition suspectée. C'est pourquoi le législateur, s'en tenant à l'hypothèse qui devait être la plus fréquente, ordonna que dans tous les cas le témoin suspect pourrait être arrêté, et que la Cour aurait la faculté de renvoyer l'affaire à une autre session.

Cette détermination, en supposant qu'il y ait eu débat sur ce point, s'explique d'ailleurs par plusieurs considérations qui étaient de nature à frapper le législateur.

Tout d'abord il se conformait aux précédents qu'il puisait

dans les lois de 1791 et de l'an IV, et peut-être serait-on fondé à soutenir que les articles 330 et 331 ont été transportés purement et simplement de ces lois dans le Code d'instruction criminelle et avec la même portée restreinte.

Et puis à une époque où l'on se préoccupait de rechercher les garanties les plus minutieuses pour les accusés, et où les nullités étaient semées en quelque sorte à chaque pas, on devait facilement craindre que si la Cour d'assises était investie du droit de condamner les faux témoins après le débat principal, cette juridiction n'usât trop fréquemment de la faculté de passer outre à ce débat.

Or cette décision par la Cour n'aurait-elle pas été un préjugé défavorable à l'accusé, susceptible d'impressionner le jury?

Cet inconvénient existe, il est vrai, dans le système actuel, mais il paraît certain que l'impossibilité où se trouve la Cour d'assises de prononcer immédiatement après le débat sur la fausseté du témoignage, doit rendre plus fréquents les arrêts de sursis, parce que les magistrats préfèrent laisser intact le débat principal, afin qu'il soit soumis avec l'accusation de faux témoignage aux mêmes jurés.

Les jurés avaient-ils, d'ailleurs, une habitude suffisante des affaires criminelles pour saisir immédiatement les nuances qui constituent le faux témoignage, sans qu'ils y fussent préparés par un débat spécial? avaient-ils assez de confiance en eux-mêmes pour oser prononcer immédiatemeet contre un accusé, qui de lui-même se serait livré inopinément à leur verdict, au lieu de leur avoir été déféré par les juridictions d'instruction?

C'était sans doute trop espérer d'une juridiction composée de juges improvisés, qui, au lieu de pouvoir fortifier leur opinion quelquefois si vacillante de l'ordonnance des magistrats qui avaient renvoyé en accusation, ne devaient plus compter que sur eux-mêmes.

D'autre part, donner aux magistrats de la Cour d'assises le droit de prononcer sur le faux témoignage sans l'assistance des jurés, soit avant, soit après le jugement de l'accusation principale, n'était-ce pas scinder en deux parties des éléments qui, en réalité, ont une connexion intime dans le plus grand nombre des cas?

N'aurait-ce pas été une contradiction que de soumettre le jugement de certains témoignages aux jurés, et celui d'autres

témoignages aux magistrats? Est-ce qu'à un intervalle de quelques heures on n'allait pas s'exposer à deux décisions opposées, et par la condamnation du faux témoin infliger un blâme à un verdict d'acquittement émané du jury?

Les mêmes règles étaient déclarées, par l'article 574, applicables à la procédure suivie devant les Cours prévôtales.

Il y avait à cela sans doute deux motifs : le premier, c'est que, sauf l'intervention des jurés, on suivait devant les Cours prévôtales la même marche que devant la Cour d'assises.

Le second, plus impérieux, c'est que les Cours prévôtales avaient une compétence limitée à certains crimes ou à certains individus, et que le faux témoignage ne leur était point déféré, à moins qu'il n'eût été commis par des vagabonds, gens sans aveu ou par des condamnés à des peines afflictives ou infamantes (art. 553, 554 et 589 du Code d'instruction criminelle abrogés).

VII.

Les articles 330 et 331 n'ont statué que pour le faux témoignage commis à l'audience d'une Cour d'assises; cela résulte suffisamment de la place qu'ils occupent dans le Code d'instruction criminelle et du soin que le législateur a pris d'en faire l'application aux Cours prévôtales, tout en restant muet pour les autres juridictions. Mais de cela seul qu'une règle de constatation pour le faux témoignage était établie pour deux cas déterminés, on en tira cette conséquence que c'était par suite d'un oubli que la législation ne l'avait pas déclarée applicable à tous les cas analogues. Ainsi d'une règle exceptionnelle on fit une règle générale. Ce fut la Cour de cassation qui donna l'élan.

En 1812, deux commissions militaires, instituées en Italie uniquement pour réprimer les vols et les brigandages commis sur les grandes routes, méconnurent l'esprit de leur institution et condamnèrent au cours des débats de faux témoins en vertu du principe posé en l'article 507 du Code d'instruction criminelle : que les Cours peuvent, sans désemparer, réprimer les crimes commis à leur audience.

La Cour de cassation déclara que les commissions militaires avaient excédé leur compétence, laquelle était bornée aux

seuls faits de vol et de brigandage sur les grandes routes. A aucun point de vue ces commissions n'étaient compétentes pour juger le faux témoignage flagrant, puisque le privilége de juger les crimes commis à l'audience est limité aux Cours énumérées par l'article 507. Mais dans l'un de ses arrêts la Cour ajouta que la commission militaire aurait dû se borner à dresser procès-verbal du faux témoignage et à instruire sur ce crime par l'organe de son président; conformément aux articles 330 et 331. La Cour s'appropriait ainsi la doctrine de son savant procureur général Merlin, qui avait dit dans son réquisitoire : « Eh! comment la commission militaire aurait-elle « pu juger le faux témoignage, tandis que les juges ordinaires « ne peuvent pas, lorsque de faux témoins déposent devant « eux, les juger immédiatement et sans déplacer? » Et il cite l'article 330.

Était-il donc nécessaire de recourir à l'article 330, créé pour deux juridictions spéciales, quand l'article 506 placé sous une rubrique toute particulière aux crimes et délits d'audience contient un principe général pour toutes les juridictions?

L'article 506, placé en effet dans un chapitre intitulé : « *Des délits contraires au respect dû aux autorités constituées*, » est ainsi conçu :

« S'il s'agit d'un crime commis à l'audience d'un juge seul, « ou d'un tribunal sujet à appel, le juge ou le tribunal, après « avoir fait arrêter le délinquant et dressé procès-verbal des « faits, enverra les pièces et le prévenu devant les juges com- « pétents. »

L'article 330 n'est qu'une application du principe général formulé en l'article 506, qui doit s'appliquer à toutes les juridictions.

VIII.

On oppose il est vrai, à ce système, l'article 507, et l'on dit : La Cour de cassation a dû maintenir l'application des articles 330 et 331, et non l'article 506, toutes les fois qu'un crime de faux témoignage a été commis devant une Cour impériale (jugeant civilement ou correctionnellement), parce que l'article 507 ne donne pas le droit à cette juridiction *de se dessaisir du crime commis à l'audience*. Cette juridiction n'a qu'un seul

droit, celui de juger *sans désemparer*; elle ne pourrait pas renvoyer au juge d'instruction pour qu'il soit procédé à une information. Elle n'a ce droit que pour deux crimes seulement, celui *de faux témoignage* et celui *de faux*, et elle le puise dans des dispositions spéciales : savoir les articles 330 et 331 pour le faux témoignage et l'article 462 pour le faux.

N'est-ce pas aller au delà de la pensée du législateur que de déclarer qu'en conférant aux Cours le privilége redoutable de juger séance tenante les crimes et les délits d'audience, il a voulu les forcer à en user toujours et dans tous les cas?

Dans la jurisprudence ancienne les juges avaient le choix entre le renvoi de l'inculpé devant les magistrats instructeurs et le jugement immédiat.

Est-il permis de croire que lorsque M. Berlier proposa tout à coup les articles 507 et 508 qui n'avaient pas figuré dans le projet du Code, il ait voulu ravir aux magistrats le droit de s'éclairer et leur attribuer un privilége plus exorbitant que celui conféré par l'usage dans l'ancienne jurisprudence? Cette supposition est-elle admissible, surtout si l'on songe qu'au moment où M. Berlier proposait cette innovation, il avait à lutter contre les traditions du droit intermédiaire qui avait repoussé le jugement immédiat des délits d'audience? L'exposé des motifs de cet orateur n'est pas assez explicite pour qu'on en tire une conséquence aussi rigoureuse, et la jurisprudence n'a jamais consacré une semblable interprétation. « Si l'on jette « un coup d'œil sur la législation actuelle, dit M. Berlier, il « sera aisé de se convaincre qu'elle n'est point assez répres- « sive, et que les magistrats ne sont pas armés d'un pouvoir « suffisant pour se faire respecter.

« Un emprisonnement de huit jours par forme de police est « le maximum de la peine que les Cours mêmes peuvent infli- « ger incontinent à ceux qui les ont outragées dans l'exercice « de leurs fonctions, et si le fait mérite une peine plus grave, « *elles ne peuvent que renvoyer le délinquant devant les autorités* « *compétentes*, pour y subir l'épreuve d'une instruction correc- « tionnelle ou criminelle, selon la nature et la gravité du crime « ou du délit.

« Un tel renvoi qui ne fait qu'attester l'impuissance des ma- « gistrats outragés a semblé peu propre à leur garantir le res- « pect qui leur est dû, et le besoin de chercher des vengeurs

« hors de leur propre enceinte a paru, en ce qui regarde les « Cours et tribunaux, contraster avec leur institution même. »

Cela veut-il dire que les Cours et tribunaux, dont on veut incontestablement augmenter le prestige et l'autorité, n'auront plus le droit qu'ils avaient autrefois de renvoyer à l'information? Nullement. On n'efface pas un principe aussi essentiel sans le dire, et, pour être logique, il faut forcément reconnaître que le pouvoir ancien est augmenté d'un pouvoir nouveau, qui, dans bien des cas, sera exclusif du premier, mais qui constitue un droit plutôt qu'une obligation impérieuse.

Le système contraire aurait mille périls. Il a été soutenu par M. Carnot [1], mais il est combattu par M. Legraverend [2] qui enseigne que si les tribunaux avaient négligé ou avaient été empêchés de procéder dans la forme indiquée par l'article 507, il devrait alors être procédé dans les formes ordinaires. En effet, il ne saurait venir à la pensée de personne de prétendre que l'inaction de la Cour pût désarmer la société, et que la partie publique ou la partie civile fussent déchues du droit de saisir les tribunaux répressifs d'un délit d'audience non puni, sans désemparer. Ceci admis, il en découle cette conséquence que l'on ne pourra point demander aux Cours et aux tribunaux les motifs qui leur auront fait préférer dans certains cas déterminés le mode prudent de l'information à un jugement immédiat.

Est-il donc nécessaire d'indiquer des hypothèses où il y aurait des difficultés insurmontables à juger séance tenante? Il en est une qui se présente immédiatement à l'esprit et dont l'énergie ne saurait être déniée par personne. Un meurtre est commis à l'audience; le mobile du crime est inconnu; est-ce que les magistrats peuvent frapper avant d'avoir constaté le mobile par des investigations indépendantes des déclarations mêmes du meurtrier? — Ou bien celui-ci a pris la fuite. Est-il sain d'esprit? N'a-t-il pas agi sous les inspirations d'une folie que les assistants ne peuvent attester? Quel est-il ce meurtrier? Il faut le retrouver, connaître ses antécédents, rechercher s'il n'a pas reçu de sa famille le germe terrible de l'aliénation mentale; il faut soumettre ses actes pendant bien des jours

[1] N° 7 sur l'article 507.
[2] T. I, p. 542, note 1re.

peut-être à l'examen de la science. Tout cela, l'information seule peut le faire, et il est de toute évidence que les Cours n'ont pu être dépouillées du droit de décerner mandat d'amener, de dresser procès-verbal et d'agir avec calme et sans précipitation. Chose extraordinaire! Les adversaires de notre doctrine, qui se montrent les défenseurs si généreux des faux témoins et qui repoussent avec tant d'énergie le jugement de cette infraction à l'audience, réclament, avec une énergie non moins grande, le jugement immédiat des autres infractions. Et cette contradiction qui blesse toutes les idées de sécurité sociale et de justice, on l'appuie de textes que l'on explique à l'aide de modes d'interprétation également contradictoires.

En effet, l'article 330 s'applique, si on les en croit, à toutes les juridictions; pour le décider, il faut faire violence au texte et le transporter d'une procédure spéciale dans d'autres procédures qui ont été réglées sans allusion aucune au principe exceptionnel énoncé par cet article.

Quant à la disposition de l'article 507, au lieu de rechercher la pensée qui l'a dictée, on s'en tient judaïquement aux termes, à la formule brute, et on lui fait produire des conséquences qui renversent tous les grands principes du droit criminel.

Mais, objecte-t-on, ce système a été consacré par la jurisprudence depuis cinquante ans, puisque jamais les Cours impériales n'ont usé de la faculté que donnerait l'article 507 de juger les crimes de faux témoignage à l'audience même; elles ont donc reconnu à l'unanimité que les articles 330 et 331 y mettaient *un obstacle insurmontable*, suivant l'expression de la Cour d'Amiens.

Cette objection a une gravité extrême; mais est-il bien certain que les Cours entre deux marches à suivre n'aient pas préféré celle tracée par l'article 330, parce que dès le principe elle avait été indiquée par la Cour de cassation?

A-t-on jamais jugé qu'elles ne pouvaient pas suivre la marche tracée, soit par l'article 506, soit par l'article 507, c'est-à-dire par les principes généraux?

A-t-on jugé surtout, comme l'a fait la Cour d'Amiens, que la marche prescrite par les articles 330 et 331 l'était à peine de nullité?

On fouillerait vainement les arrêts (peu nombreux sur cette matière, parce que les Cours entendent rarement des témoins)

pour y trouver les indices d'une lutte. Or il faut se défier des principes qui se sont établis sans contradiction. Leur triomphe facile tient parfois uniquement à ce qu'ils se sont glissés à la faveur d'une analogie qui paraissait toute naturelle. Mais en y regardant de plus près, on finit par reconnaître que ce triomphe est une usurpation, et qu'au lieu des principes c'est le renversement des principes qu'on a consacré.

IX.

Il est incontestable que la doctrine et la jurisprudence déclarent à l'unanimité les articles 330 et 331 applicables devant toutes les juridictions. Depuis la promulgation de la loi de 1863, on avait pensé que cette application n'était pas prescrite à peine de nullité, et que le faux témoignage devenu délit pouvait, devant les juridictions correctionnelles, être puni comme délit d'audience. L'arrêt de la Cour d'Amiens se prononce contre ce système récent avec un absolutisme qui rend faciles les attaques contre sa doctrine.

Disons tout d'abord que les jurisconsultes ont considéré les articles 330 et 331 comme consacrant un principe général, sans se donner grand'peine pour justifier leur opinion.

M. Merlin s'est borné à dire :

« Les règles établies par les articles 330 et 331 du Code d'in-« struction criminelle ne le sont textuellement que pour les « procès de grand criminel; mais elles s'appliquent naturelle-« ment aux affaires correctionnelles. »

Merlin ne dit pas comment se fera cette application ; or c'est là précisément qu'est la difficulté, car, en matière de procédure criminelle, tout est formalisme, et il ne faut pas laisser le champ libre à l'imagination et aux inventions.

M. Carnot a dit simplement « qu'en cas de faux témoignage « porté en toute autre juridiction que la Cour d'assises, le pré-« sident serait bien autorisé à en dresser procès-verbal, mais « qu'il devrait renvoyer le prévenu devant le procureur im-« périal. »

C'est là un écart que la jurisprudence suivra avec trop de fidélité, et l'on conviendra que M. Carnot fait peu de cas des prescriptions des articles 330 et 331.

M. Dalloz, après avoir dit avec un ancien arrêt que « les *tri-*

« *tribunaux de police* et les *tribunaux correctionnels* sont incom-
« pétents pour frapper d'une peine quelconque les témoins qui
« déposent faussement à leur audience, ajoute que ces tribunaux
« doivent se borner à faire arrêter les témoins, à dresser pro-
« cès-verbal et à renvoyer les pièces au ministère public. »

On ne comprend vraiment pas pourquoi M. Dalloz n'a pas invoqué plutôt l'article 506 que l'article 330, car le premier énumère précisément les formalités qu'il indique, tandis que l'article 330 prescrit des formalités que M. Dalloz supprime.

M. Massabiau applique indistinctement les articles 330 et 331 à tous les tribunaux.

M. Faustin-Hélie ajoute que le tribunal entier et non le président doit procéder aux mesures autorisées par les articles 330 et 331.

En 1859, M. Morin dans une savante dissertation [1] a exposé toutes les divergences de la doctrine et de la jurisprudence, et aujourd'hui il est néanmoins un de nos adversaires les plus sérieux [2]. Les divergences même qu'il constate nous serviront pour le combattre, car elles attestent, suivant nous, l'impuissance de son système.

Si le législateur avait voulu faire des articles 330 et 331 une règle générale, il aurait entrevu les difficultés qui s'élèveraient devant les diverses juridictions. Mais il avait aplani toutes les difficultés dans l'article 506, et il était loin de penser que l'on ferait de l'exception un principe et qu'on annihilerait la disposition qui dans sa pensée contenait le véritable principe général.

En effet, on trouve dans l'article 506 une procédure toute tracée pour constater tous les délits et tous les crimes d'audience autres que les outrages contre les magistrats.

Cet article doit s'appliquer au faux témoignage, car il n'est pas nécessaire de recourir à des moyens exceptionnels pour constater ce crime. Nous allons le démontrer.

§ 1. — Il y a, il est vrai, dans l'article 331 une indication qui ne se trouve pas dans l'article 506 et qui est relative à la faculté donnée à la Cour d'assises d'ordonner le renvoi de l'af-

[1] *Journal du droit crim.*, art. 6835.
[2] *Journal du droit crim.*, art. 7785.

faire dans laquelle s'est produit le faux témoignage, à une autre session.

En effet, il était indispensable de donner ce droit à la Cour d'assises par un texte formel, parce que, d'après l'article 353, l'examen et les débats une fois commencés doivent être continués sans interruption, et les motifs qui peuvent autoriser le renvoi à une autre session sont limités. Le renvoi à une autre session oblige à recommencer toute la procédure : jurés, assesseurs, président, tout est renouvelé. Il faut donc des motifs graves et spécifiés par la loi pour que le renvoi puisse être prononcé. Devant les tribunaux correctionnels, un sursis, c'est une remise; l'affaire est continuée à une séance plus éloignée, mais la citation conserve ses effets, et les éléments recueillis à la première audience ne seront pas perdus pour le jugement de l'affaire.

§ 2. — La faculté de faire arrêter les faux témoins à l'audience ne pouvait être déniée aux tribunaux correctionnels, puisque l'article 506 confère ce droit à toutes les juridictions; cependant il a fallu des arrêts de cassation pour sanctionner ce droit précisément parce qu'on ne s'en tenait pas à l'application pure et simple de l'article 506.

Mais où le débat a été grand, c'est sur le point de savoir à qui, du tribunal ou du président, est attribué le pouvoir d'ordonner l'arrestation en décernant mandat.

La Cour de cassation a admis les deux modes, car elle n'a censuré ni l'un ni l'autre dans les arrêts des 16 avril 1841, 3 mai 1849, 27 mars et 12 juin 1856, qui les avaient tour à tour employés. Cette Cour approuve en définitive l'emploi de l'article 506 aussi bien que celui de l'article 330.

M. Morin fait des distinctions. Si le sursis n'est pas réclamé et que le ministère public s'abstienne de prendre des réquisitions, le président peut user du droit d'initiative que l'article 330 confère au président seul, lorsque la déposition d'un témoin lui paraît fausse, d'ordonner son arrestation. La Cour de cassation aurait, en effet, admis la régularité d'une procédure où il y avait eu arrestation ordonnée par le président seul et refus de sursis par la Cour impériale (arrêt 25 mars 1856). Mais dès qu'il y a réquisition appelant une décision motivée, il faut un jugement que ne peut rendre le président, n'ayant

même pas de pouvoir discrétionnaire. Le tribunal seul entier peut prononcer.

Toutes ces difficultés prouvent qu'il eût été plus simple de s'en tenir à l'article 506, et de n'accorder dans tous les cas le droit d'arrestation qu'au tribunal entier, en vertu du principe posé dans cet article. Les adversaires qui réclament des garanties contre le défaut de précipitation ne devraient pas répudier celle qui résulterait incontestablement de la nécessité d'un jugement pour ordonner l'arrestation. Il n'y aurait pas d'hésitation entre les droits du président et les droits du tribunal, et le prévenu serait protégé contre l'entraînement auquel le président seul, malgré les meilleures intentions, pourrait se laisser aller. On objectera peut-être que l'article 181 qui serait applicable aujourd'hui au *délit* de faux témoignage ne prévoit pas l'arrestation du délinquant, parce qu'il a statué sur l'hypothèse plus fréquente où le tribunal pourrait juger le délit sans désemparer. Mais il y a tant de choses que le législateur n'a pas prévues, et notamment en édictant les articles 330 et 331, que le faux témoignage de crime deviendrait délit. Ne trouve-t-on pas dans la loi mille moyens pour l'arrestation, soit que par analogie de l'article 506 le tribunal fasse arrêter le délinquant, soit que le procureur impérial, à défaut même du juge d'instruction, fasse arrêter le délinquant à l'audience, en vertu de la loi du 20 mai 1863?

Quant au sursis, nous le répétons, le tribunal peut le prononcer sans avoir recours à l'article 330.

§ 3. — La jurisprudence a sanctionné une mesure que la doctrine repousse avec la plus grande énergie, c'est celle de la mise en surveillance du témoin soupçonné de faux.

La doctrine dit : Les demi-mesures sont illégales; ou l'arrestation avec toutes les conséquences qu'elle entraîne, ou la liberté. Nulle loi ne donne aux magistrats le droit de porter atteinte à la liberté, autrement que par les moyens indiqués par le Code de procédure criminelle.

Ce sont là toutes raisons assurément fort graves que les savants criminalistes ont développées avec tout l'éclat qui naît du talent et d'une conviction généreuse[1]. Nous désirons

[1] M. Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. VIII, p. 800
V. également M. Morin, art. 6835.

qu'elles triomphent un jour ou l'autre de la jurisprudence.

Celle-ci justifie cette mesure par des motifs divers « qu'il faut empêcher les témoins de se soustraire aux mandats qui pourraient être décernés contre eux, » « que le président, ayant le pouvoir d'office d'ordonner l'arrestation d'un témoin, peut, à plus forte raison, ordonner qu'il sera simplement gardé à vue jusqu'à la fin des débats. »

Tout cela n'est pas juridique. M. Faustin-Hélie l'a suffisamment démontré. Un autre motif non moins fondé, c'est que cette mesure « rentre dans le pouvoir discrétionnaire conféré « au président d'assises pour l'article 268. » Or qui pourrait soutenir que devant les tribunaux de police et de police correctionnelle le président est investi d'un pouvoir discrétionnaire? Cependant chaque jour, dans la pratique, au lieu de s'en tenir à l'article 506 qui ne confère que le droit d'arrestation pur et simple au tribunal entier, on emprunte aux articles 268 et 230 un mode d'agir qui devrait rester limité aux Cours d'assises.

§ 4. — Si nous nous demandons par qui doit être dressé le procès-verbal pour constater la déposition fausse en police correctionnelle, nous rencontrons les mêmes divergences.

Si l'arrestation est ordonnée par le président seul en vertu de l'article 330, dit M. Morin, c'est à lui qu'appartient la rédaction du procès-verbal; lui seul doit le signer. Si elle est ordonnée par le tribunal entier, c'est au tribunal qu'appartient la rédaction, et tous ses membres doivent signer le procès-verbal.

Je répéterai ici encore que l'observation pure et simple de l'article 506 aurait coupé court à ces contradictions; mais j'ajoute que le procès-verbal aurait dû être l'œuvre du tribunal entier, parce que c'est une garantie accordée aux prévenus qui commettent des délits à l'audience.

Et qu'on ne nous objecte pas l'article 330, ou bien alors qu'on l'observe en entier. L'article 330 n'ordonne pas au président de la Cour d'assises de dresser un simple procès-verbal, ne l'oublions pas; il ordonne à ce magistrat de remplir les fonctions *de juge d'instruction*, de procéder à une instruction complète et de transmettre les pièces *d'instruction* à la Cour impériale. Ce magistrat doit réunir tous les éléments de preuve

du faux témoignage qui puissent permettre à *la chambre d'accusation de statuer immédiatement.*

Jusqu'ici, devant le tribunal correctionnel on a dénaturé l'article 330, car on s'est borné à dresser un procès-verbal qui doit servir de base à l'information du juge d'instruction. Cette marche était évidemment contraire à l'esprit et au texte de l'article 330.

L'article 506 ordonne que le tribunal dresse procès-verbal. N'est-ce pas là, pour le prévenu, une garantie plus grande que le procès-verbal dressé par le président seul?

La loi, d'ailleurs, a fait une distinction. S'agit-il d'un délit, le procès-verbal est dressé par le président (art. 181); s'agit-il d'un crime, c'est le tribunal ou la Cour (art. 506 et 507).

Pour le faux témoignage il faudrait maintenir les mêmes distinctions, puisque désormais il revêt, suivant sa gravité, le caractère de crime ou de délit.

§ 5. — Mais où la jurisprudence a brisé complétement avec l'article 330, c'est quand il s'agit de la direction à donner aux pièces de l'instruction ou soit au procès-verbal constatant le faux témoignage. Ici l'article est annihilé, et l'on se demande si c'est sérieusement que les adversaires proclament *l'extension de l'article* 330 *aux tribunaux correctionnels à peine de nullité.*

L'article 367 du Code de brumaire an IV voulait que l'acte d'accusation contre le faux témoin fût rédigé par le président du tribunal criminel, afin que le coupable fût jugé dans un bref délai. Le jury d'accusation s'assemblait chaque *décadi* et le jury de jugement une fois par mois; la détention préventive ne pouvait dans ce système se prolonger bien longtemps.

Aujourd'hui l'article 330 veut que le procureur général remplisse les fonctions d'officier de police judiciaire et le président de la Cour d'assises les fonctions de juge d'instruction; que l'on procède immédiatement à l'information, parce qu'on a sous la main tous les éléments du crime; puis enfin que les pièces d'instruction soient transmises à la Cour impériale, pour qu'il soit statué sur la mise en accusation. Tous les auteurs reconnaissent que le législateur a voulu franchir l'ordonnance de mise en prévention de première instance.

Or devant les tribunaux, au lieu d'appliquer cette procédure spéciale, on l'a méconnue de la façon la plus radicale, comme

s'il était possible d'accepter certaines prescriptions de l'article 330 et de rejeter les autres.

M. Morin en donne pour motif que « cette disposition est « uniquement pour les Cours d'assises qui ne devaient pas être « tenues de renvoyer à des magistrats inférieurs l'information « sur le crime et le règlement de la procédure. Quand il s'agit « de faux témoignage en simple police ou en police correction- « nelle, fût-ce devant la Cour d'appel, les pouvoirs accidentels « se bornent à l'arrestation avec mandat et à la rédaction d'un « procès-verbal avec ou sans notes spéciales : l'instruction sur « le faux témoignage que doit poursuivre le ministère public « appartient au juge d'instruction et doit avoir lieu dans les « formes ordinaires ; les actes et les pièces sont donc à adres- « ser ou remettre au procureur impérial, pour qu'il agisse sui- « vant ses devoirs en faisant les réquisitions qui lui paraîtront « opportunes » (Massabiau, t. III, p. 165; Berriat Saint-Prix, n°s 471 et 1219 *bis*).

Tout cela n'est-il pas arbitraire? N'est-ce pas une mutilation faite à plaisir de l'article 330? Et n'avons-nous pas le droit de dire à nos adversaires : ou l'article 330 contient une règle impérieuse emportant nullité et applicable à tous les faux témoignages, et alors vous devez vous y conformer strictement à peine de nullité, ou bien cette règle n'a pas l'absolutisme que vous voulez lui attribuer, et alors nous ne commettrons pas une nullité quand nous ne l'appliquerons pas à des cas pour lesquels elle n'est pas formellement établie?

Le prétexte donné par la doctrine, que le président de la Cour d'assises seul a des pouvoirs exceptionnels, et qu'il ne pouvait, en sa qualité de magistrat supérieur, être tenu de renvoyer les pièces d'instruction devant des magistrats inférieurs, n'est véritablement pas sérieux. Est-ce qu'un président de tribunal n'est pas un magistrat supérieur au juge d'instruction? Est-ce que le président d'une Cour impériale n'a pas une situation au moins équivalente à celle des présidents d'assises?

La vérité est que si l'article 330 n'est pas restreint à la procédure de la Cour d'assises, cette marche est illégale. Remarquez les conséquences qu'elle entraîne. Il dépend du procureur impérial et du juge d'instruction d'arrêter, par une ordonnance de non-lieu, une poursuite sur laquelle la chambre d'accusation seule devrait statuer. On substitue ainsi la juridiction inférieure

à la juridiction supérieure, sans compter que l'on soumet à une détention provisoire indéfinie des prévenus, sur le sort desquels la chambre d'accusation eût prononcé dans un très-court délai.

M. Morin voit les avantages à revenir aux règles de droit commun; nous y trouvons pour notre part des inconvénients nombreux, et le plus grave c'est de supprimer une règle que l'on réclame *à peine de nullité*.

§ 6. — Si la règle est impérieuse pour les présidents des tribunaux et des Cours, elle doit l'être aussi pour le tribunal de simple police, puisque l'article ne distingue pas, et alors on arrivera à cette conséquence extraordinaire cette fois, nous en convenons, que le juge de paix devra renvoyer son information devant la chambre des mises en accusation.

C'est pour éviter ces conséquences que l'on a méconnu la procédure de l'article 330. Mais est-ce logique et ne vaut-il pas mieux reconnaître que toutes ces impossibilités auxquelles on se heurte démontrent que le législateur n'a pas porté ses regards sur les juridictions correctionnelles et de simple police quand il a édicté l'article 330?

§ 7. — Si nous voulions examiner au même point de vue ce qui se passe devant les tribunaux civils, nous nous trouverions en face d'une controverse de laquelle il résulte que l'article 330 n'est pas fait pour les juridictions civiles. Depuis l'arrêt prononcé en l'an IX, la Cour de cassation a jugé, le 22 novembre 1813 et le 5 janvier 1822, que les poursuites en faux témoignage dirigées par le ministère public contre des témoins qui ont déposé dans une enquête civile, ne peuvent pas autoriser à surseoir au jugement du procès qui a donné lieu à cette enquête. M. Mangin dit, à l'appui de cette solution contredite par M. Carnot (t. Ier, p. 81, et Le Sellyer, n° 2093), « qu'il « n'est pas permis de transporter à la procédure civile les formes « spéciales établies pour la procédure criminelle; qu'il est douteux d'ailleurs que les motifs qui ont déterminé le législateur « à donner *aux Cours d'assises* la faculté dont parle l'article 331, s'appliquent aux tribunaux civils qui procèdent dans « leurs jugements d'après d'autres règles que les tribunaux « criminels » (n° 165).

En réalité les tribunaux civils appliquent, non l'article 330, mais l'article 506, parce qu'ils se sont trouvés en face d'une règle exceptionnelle qu'il aurait fallu transporter de la procédure pour les assises aux juridictions civiles, et parce qu'ils pouvaient et devaient invoquer une disposition qui prévoit les crimes commis à l'audience devant toutes les juridictions.

X.

L'arrêt de la Cour d'Amiens ajoute encore à l'appui de son système que la règle de l'article 330 est prescrite devant toutes les juridictions au même titre que celle des articles 448 et suivants du Code d'instruction criminelle.

L'assimilation n'est pas exacte. En effet, tandis que le Code de brumaire an IV n'avait établi une procédure spéciale pour le faux témoignage que lorsque ce crime était commis devant le tribunal criminel, il avait, au contraire, établi pour le faux une procédure à laquelle on devait se conformer toujours, quelle que fût la juridiction devant laquelle la pièce arguée de faux eût été produite. Ainsi l'article 539 du Code de brumaire an IV a été reproduit presque textuellement par l'article 462 du Code d'instruction crim. : « Si un tribunal trouve dans la « visite d'un procès, *même civil*, des indices qui conduisent à « connaître l'auteur d'un faux, le président délivre le mandat « d'amener et remplit d'office, à cet égard, les fonctions d'offi- « cier de police judiciaire. »

La faculté de surseoir au jugement du procès est donnée dans ce cas même aux tribunaux civils par les deux législations. Il est donc impossible de fonder un argument d'analogie sur deux hypothèses, dont l'une est réglementée avec le plus grand soin, et dont l'autre ne l'est que pour un cas déterminé.

XI.

Nous avons démontré que la jurisprudence qui voit dans les articles 330 et 331 une règle générale ne s'est fondée qu'après mille incertitudes, qu'elle a eu recours à des textes incomplets et qu'en réalité le seul obstacle qui s'opposait jadis à ce que les tribunaux correctionnels ne jugeassent pas les faux témoins entendus devant eux, résultait de l'incompétence de

ces juridictions à prononcer des peines criminelles. La conséquence qui résulte de là, c'est que la loi du 18 avril 1863 ayant décriminalisé le faux témoignage, toutes les fois que cette infraction ne revêtira que le caractère *de délit*, elle pourra être jugée comme *délit flagrant* par le tribunal devant lequel elle se produira, à l'exception du tribunal de simple police qui n'a compétence que pour les délits flagrants d'outrage.

Mais on objecte que le législateur de 1863 en décriminalisant le faux témoignage a eu pour but unique de diminuer la pénalité afférente à ce crime, et qu'il n'a pas eu en vue de changer le mode de poursuite précédemment adopté. Ce raisonnement pourrait être juste si l'article 330, au lieu de contenir une règle particulière à la procédure d'assises, renfermait évidemment un principe général, car on comprendrait qu'un texte nouveau pût seul déroger à un texte existant. Mais si le doute existe, si la jurisprudence n'a pas dit son dernier mot, *si le Code d'instruction criminelle ne contient aucune disposition relative aux faux témoins*, ainsi que la Cour de cassation le déclare par son arrêt du 27 février 1864, pourquoi nous opposerait-on comme une fin de non-recevoir une jurisprudence sur laquelle la loi nouvelle permet de revenir?

Dire d'ailleurs que la loi n'a pas prévu les conséquences de la décriminalisation, n'est-ce pas faire un raisonnement vicieux? Est-ce qu'il ne suffisait pas au législateur de qualifier l'infraction *délit*, pour que, par ce seul fait, elle fût *ipso facto* soumise à toutes les règles de compétence propres aux délits? Et de ce que le crime ne pouvait pas être jugé séance tenante par le tribunal incompétent pour en connaître, faut-il en conclure que le délit sera assujetti au même sort, par cela seul que le législateur ne s'en est pas expliqué[1]?

Sans doute il eût été désirable que le législateur de 1863 remplît une lacune regrettable laissée par le législateur de 1808, et qu'il inaugurât par un texte formel la réforme demandée de toutes parts de faire juger le faux témoignage par les juges correctionnels quand il se produit devant eux.

Mais les modifications des articles du Code pénal relatifs au faux témoignage sont l'œuvre du Conseil d'État et n'avaient pas été proposées dans le projet présenté par le gouvernement;

[1] V. M. Dutruc, *J. du m. p.*, art. 686.

il en est résulté pour cette partie de la loi une certaine précipitation qui n'a pas permis d'examiner toutes les conséquences qu'on en tirerait. Qu'importe si la loi les contient!

Mais est-il vrai que le rapport de la commission renferme, ainsi qu'on l'a dit, la manifestation d'une opinion qui nous soit contraire dans ces paroles? « Il est rationnel d'attribuer « la connaissance du faux témoignage aux Cours d'assises ou « aux tribunaux, selon que le fait se sera produit en matière « criminelle ou en matière correctionnelle. On y trouvera cet « avantage que le crime ou le délit de faux témoignage sera « déféré aux juges *devant lesquels il aura été commis*, c'est-à-« dire à ceux qui sont le plus aptes à le bien connaître et à le « bien juger. Quant aux faux témoignages *en matière de simple* « *police* ou *en matière civile*, il est permis de penser que le « juge correctionnel aura des connaissances et des habitudes « d'investigation que le jury ne saurait posséder au même « degré. »

De ce rapport il faut d'abord retenir ceci, que le faux témoignage sera en général déféré *aux juges devant lesquels il a été commis*. Nous disons *en général*, puisqu'il est des cas dans lesquels le faux témoignage aura été sollicité par dons et promesses, et où, quoique commis devant les tribunaux correctionnels, il conservera son caractère de crime. Ceci démontre tout d'abord que le rapporteur ne s'explique que sur les hypothèses les plus fréquentes. Mais ses paroles n'impliquent pas que le faux témoin sera nécessairement renvoyé devant le juge d'instruction, car dire qu'*il sera déféré aux juges devant lesquels le délit a été commis*, n'est pas exclure le jugement du flagrant délit.

Mais on tire argument des dernières paroles, et l'on dit : Si le juge correctionnel doit être chargé de réprimer le faux témoignage commis en matière civile, c'est parce que le législateur de 1863 n'a pas voulu que l'article 181 fût applicable au faux témoignage, sinon le rapporteur eût énoncé la compétence des tribunaux civils au lieu de la repousser.

Est-on bien sûr de la justesse de cette interprétation? On oublie que le rapporteur a parlé aussi dans la même phrase du faux témoignage en matière *de simple police*, ce qui explique comment sa pensée a été dominée par l'incompétence des juridictions sur lesquelles il s'expliquait. Et, en effet, les tri-

bunaux de police étant radicalement incompétents pour juger le délit de faux témoignage, et d'autre part le faux témoignage *en matière civile* se produisant le plus souvent dans *des enquêtes*, et devant par suite être établi à l'aide d'une information pour être renvoyé devant le tribunal correctionnel, le rapporteur a été frappé de ces hypothèses les plus fréquentes. Il les a comprises dans une même formule sans chercher à préciser mieux celles qui, plus exceptionnellement, devaient se présenter. Pour qu'il n'insistât pas d'ailleurs sur celles-ci, il y avait cette considération que dans le plus grand nombre des tribunaux le juge civil est en même temps juge correctionnel, et que, saisi du faux témoignage comme délit flagrant ou par l'ordonnance du juge d'instruction, le magistrat devant lequel il serait commis serait presque toujours appelé à en connaître.

Il faut bien que cette dernière interprétation ait paru toute naturelle pour que Son Exc. M. le garde des sceaux, qui suivait avec sollicitude la discussion d'un projet de loi qui intéressait à tant de titres son département, à peine la loi votée, ait signalé à tous les parquets la conséquence forcée qu'entraînait la décriminalisation du faux témoignage et ait recommandé aux procureurs généraux d'inviter les magistrats de leur ressort « à user fréquemment, en cette matière, du pouvoir qui leur « est attribué par l'article 181 du Code d'instruction criminelle, « et à juger, séance tenante, ces *délits d'audience*. »

Sans doute la circulaire de M. le garde des sceaux n'a qu'une valeur purement doctrinale, et de la Cour de cassation seule nous attendons une solution; mais la circulaire emprunte une importance capitale aux circonstances dans lesquelles elle a interprété la loi, car on peut affirmer qu'elle est l'expression des discussions qui ont préparé la modification de l'article 362. Il y a, d'ailleurs, d'autres conséquences au point de vue de la compétence que le législateur de 1863 n'a pas prévues. Car si l'on admet la thèse de nos adversaires, il faut arriver forcément à cette conséquence que le président de la juridiction devant laquelle est commis le faux témoignage devra renvoyer le prévenu en état d'arrestation devant la chambre des mises en accusation; or le législateur s'est-il préoccupé de modifier cette prescription de l'article 330 pour le faux témoignage devenu délit et pour lequel la chambre d'accusation n'a plus compétence? Cependant il est une hypothèse où forcément la

difficulté peut se présenter. Que la Cour d'assises soit saisie accidentellement et en vertu du principe de la connexité de la connaissance d'un simple délit, l'article 330 est ici évidemment applicable s'il apparaît un faux témoin, car cet article ne distingue pas si la Cour d'assises juge un crime ou un délit, et une seule procédure peut être suivie devant le jury; devant quelle juridiction d'information le président renverra-t-il le faux témoin? Évidemment, et quoique la nouvelle loi ne le dise pas, il devra le renvoyer devant le juge d'instruction, puisque c'est lui qui doit statuer sur la mise en prévention pour les délits.

Qu'on ne tire donc pas argument du silence du législateur relativement à l'application de l'article 181, puisque celle de l'article 330 lui-même peut dans les mêmes conditions donner matière à bien des discussions.

Sur ce point nous nous résumons ainsi : La circulaire ministérielle n'est que le complément officiel de la loi; mais, en supposant que le législateur n'ait pas prévu que la décriminalisation permettrait de considérer le faux témoignage comme *délit d'audience,* cette qualification nouvelle permet de reviser la jurisprudence qui l'a précédé et d'abandonner des errements qui sont préjudiciables à la répression de cette infraction.

XII.

On a fait encore à notre système bien des objections. M. Morin [1] se préoccupe des embarras que va présenter la complication de deux procès simultanés, l'un principal ou primitif, l'autre incident à juger immédiatement, alors qu'il n'y aurait aucune règle précise et qu'une seule disposition existerait pour les juridictions différentes, correctionnelles ou civiles, de première instance ou d'appel.

Ces embarras ne nous paraissent pas difficiles à écarter, car si le faux témoignage est certain, nous parlons de cette certitude légale qui permet d'asseoir une condamnation, le jugement de l'affaire principale, quelle que soit sa nature, pourra être prononcé immédiatement, et la décision sur le faux témoignage intervenir aussitôt. Si le témoin n'est que suspect, le

[1] Dissertation, *J. de dr. crim.*, art. 7785.

sursis de l'affaire principale sera prononcé, s'il y a lieu, jusqu'à ce qu'une information ait contrôlé la sincérité du témoignage, et, suivant les circonstances, ou l'on joindra les deux instances, ou l'on fera précéder le jugement de l'instance principale d'une décision sur le faux témoignage. C'est là un point qui est laissé, suivant les cas, à l'appréciation des tribunaux.

M. Morin ajoute : Le déclassement espéré par la loi du 13 mai 1863 n'est pas limité aux faux témoignages. Il comprend aussi une infraction presque identique : le faux serment, de la part du plaideur, à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile. Pourquoi ne va-t-on pas jusqu'à vouloir réprimer cette infraction? C'est apparemment parce qu'il y a des règles d'instruction et de preuve qui sont particulières à ce délit, ce qui le place en dehors des dispositions de l'article 181.

Non, certes, le faux serment n'est pas plus soumis à des règles exceptionnelles que certains délits que l'on ne peut poursuivre quand la démonstration en est subordonnée à la preuve d'un contrat civil.

Mais ce faux serment ne peut être réprimé à l'audience, par une raison bien simple, c'est que le serment, qu'il soit supplétif ou décisoire, ne peut être déféré que dans une contestation où la preuve manque ou ne peut être faite; c'est-à-dire dans une contestation d'une valeur au-dessus de 150 francs, parce qu'il n'y a pas de titre, et au-dessous, parce qu'il n'y a ni titre ni témoins. La preuve du faux serment ne peut donc jamais être faite à l'audience; voilà pourquoi personne ne songe à en faire un délit d'audience; tout au plus pourrait-on inventer l'hypothèse dans laquelle le créancier tendrait un piége à un débiteur de mauvaise foi, affirmerait devant les magistrats n'avoir aucun titre de créance, puis le serment faussement prêté, exhiberait la reconnaissance qu'il avait dissimulée. Mais laissons de côté les fictions.

On nous oppose aussi la subornation de témoins qu'il faudrait réprimer comme délit d'audience, si nous voulons être conséquent avec notre système. Mais loin de redouter cette conséquence, nous la revendiquons avec d'autant plus d'énergie que nous sommes assuré que M. le garde des sceaux a donné son approbation à cette doctrine.

« En effet, la subornation, bien que préparée en dehors de

« l'audience, est un acte de complicité qui ne s'accomplit réel-
« lement qu'au moment où le faux témoignage est porté. Elle
« n'est punissable, d'après la jurisprudence, qu'autant que le
« faux témoignage s'est réalisé. Lorsque, comme il arrivera sou-
« vent, le suborneur est le prévenu lui-même, ce sont vérita-
« blement ses dénégations à l'audience, en présence du suborné,
« qui confirment celui-ci dans ses affirmations mensongères.
« Si le prévenu avouait, il rendrait au suborné la liberté de sa
« conscience; il y a donc une indivisibilité réelle entre la
« subornation et le faux témoignage; c'est un outrage commis
« en commun devant la justice, et si le faux témoignage peut
« être puni immédiatement, il n'y a pas de raison pour ne pas
« punir également la subornation lorsqu'elle est aussi flagrante
« que le délit principal. »

On ajoute [1] que notre système est la plus grande garantie que puissent désirer les suborneurs; que ces criminels plus coupables et plus dangereux que les faux témoins jouiront le plus souvent de l'impunité que leur assurera le silence de ceux qu'ils ont entraînés, et que si le châtiment est plus exemplaire pour les faux témoins, l'impunité de leurs complices risque d'atténuer cet heureux effet.

D'abord le suborneur sera presque toujours le prévenu; s'il est condamné pour le délit principal et que le silence du faux témoin le couvre d'une façon absolue quant à la subornation, il y a d'autant moins lieu de le regretter qu'il est frappé à un autre titre. La justice, d'ailleurs, n'est pas tenue à l'impossible, et elle ne doit pas sacrifier l'exemplarité de la répression d'un délit éclatant à la chance plus ou moins incertaine d'une révélation que nul indice ne lui fait espérer.

Le ministère public, d'ailleurs, ne sera pas forclos par cela seul que le faux témoin aura été condamné, et si plus tard il fait des révélations, une information permettra d'atteindre son complice.

D'ailleurs on oublie trop facilement que la prudence des magistrats veillera, et que toutes les fois qu'une information pourra produire des résultats utiles, ceux-ci s'abstiendront de prononcer séance tenante.

[1] *Journal des audiences de la Cour d'Amiens*, n° 15, juillet 1864, p. 110.

XIII.

On a fait ensuite une assez longue énumération des inconvénients que le jugement immédiat du faux témoignage pourrait présenter.

On reconnaît bien que le mode de procéder recommandé par la chancellerie offre des avantages incontestables, et que la répression de ces délits sera d'autant plus exemplaire qu'elle frappera l'esprit de tous ceux qui ont été témoins de l'outrage fait à la justice.

Mais on se demande si les inconvénients n'absorbent pas ces avantages, et l'on dit : Jamais la condamnation à l'audience ne sera prononcée sur l'aveu du prévenu, et l'expérience a démontré qu'en cette matière l'aveu s'obtenait fréquemment pendant l'information, et puis, si le témoin a été déterminé par des dons ou des promesses, cette circonstance aggravante échappera aux juges, et ils ne condamneront le faux témoin que pour un délit alors qu'il a commis un crime.

Quant à l'aveu, il n'est pas nécessaire à la justice quand la preuve du délit est faite ; à quoi d'ailleurs ont abouti ces aveux dont on se prévaut si complaisamment comme de l'un des résultats les plus sérieux de l'information? A-t-on obtenu pour cela plus de condamnations, et les acquittements si nombreux relevés en cette matière par la statistique n'en sont-ils pas d'autant plus regrettables? Ce sont là des arguments de sentiment qui pourraient avoir de l'importance si la voie de l'information préparatoire était fermée aux juges, mais qui restent sans valeur en présence de la faculté d'option qui leur est donnée.

Quant à l'inconvénient de ne pas constater une circonstance aggravante, il n'y a pas lieu d'en être effrayé puisqu'on peut y remédier par l'appel ; bien au contraire, il est à craindre que les tribunaux correctionnels et les juges d'instruction d'accord avec le ministère public ne passent quelquefois volontairement sous silence une circonstance aggravante qui révèle sans doute une immoralité plus grande en l'auteur du faux témoignage, mais qui en réalité, la plupart du temps, ne déterminera pas les jurés à appliquer au crime une peine plus forte qu'au délit. Cette distinction n'a été maintenue qu'à titre de transaction entre

ceux qui voulaient le déclassement du faux témoignage et ceux qui le repoussaient; or le résultat le plus certain auquel elle aboutira sera de donner aux tribunaux une occasion de plus de *correctionnaliser* un crime, c'est-à-dire d'enfreindre la loi. Qu'elle soit fondée en théorie, on ne pourrait le contester; mais la loi de 1863 n'a pas eu pour but de faire de l'idéalisme, et l'intérêt de la répression commandait de tenir compte de la répugnance du jury à punir d'une peine criminelle le témoin qui, au lieu d'obéir aux sollicitations de l'affection, aura cédé aux suggestions de la misère. Ainsi que le fait remarquer M. Chauveau-Hélie, il eût mieux valu distinguer entre la déposition faite à charge du prévenu et celle faite en sa faveur. Cette distinction consacrée par plusieurs législations étrangères est fondée sur des sentiments qui ont plus de prise sur l'esprit des jurés, parce qu'un abîme sépare les deux sortes de parjures considérés au point de vue du préjudice.

M. Morin objecte encore qu'il est dangereux d'augmenter le nombre des délits d'audience, pour lesquels on viole la garantie des deux degrés de juridiction dans certains cas, et que l'on défère exceptionnellement à des tribunaux qui, suivant les principes généraux, ne doivent pas en connaître. Ces inconvénients n'ont pas paru assez graves au législateur de 1808 pour contre-balancer l'avantage de juger les délits flagrants, et les mêmes raisons existent aussi bien pour le faux témoignage que pour les autres délits. Disons plus : la répression immédiate est sollicitée par un intérêt bien autrement impérieux pour cette infraction que pour toutes les autres. La preuve orale est aujourd'hui la base sur laquelle repose toute poursuite criminelle; nous ne sommes plus au temps où un aveu arraché par la torture avait plus de prix que le témoignage des hommes. Mais si le témoignage seul nous reste, il ne faut pas que l'impudence et le mensonge s'en fassent un jeu, ni qu'il viole impunément la loi religieuse à laquelle la société demande son concours. Il faut que celui qui ose défier Dieu et les hommes soit sûrement atteint; il faut en outre, pour que cette violation de ce qu'il y a de plus sacré dans les lois humaines ne se propage pas, que le châtiment intervienne sans tarder, pour que tous ceux qui ont été émus de l'outrage soient impressionnés par l'humiliation du coupable.

Quoi de plus moral lorsque la justice est armée, que, pouvant

frapper le voleur qui vient audacieusement voler dans son temple, elle puisse aussi laisser retomber son arme sur l'homme qui, pour un intérêt misérable, fait si bon marché de son honneur, de la vérité trois fois sainte qu'il doit à la justice, et de la puissance de la Divinité qu'il prend à témoin de sa sincérité!

Nul délit, à coup sûr, ne réclame plus une répression immédiate; seule, celle-ci produira une impression salutaire, car si l'on ajourne le jugement, ceux qui ont vu éclater le parjure perdront de vue le châtiment et avec lui la crainte que doit inspirer la loi.

Et puis qu'on n'oublie point ceci : tant que le faux témoin entrevoit la chance d'échapper à la peine, il persiste dans ses affirmations mensongères. Il espère d'abord que sa fraude ne sera pas démasquée par les juges; est-elle découverte, la honte d'une rétractation le retient; on menace de l'arrêter, il persiste; il espère qu'on n'exécutera pas la menace; on l'arrête, il résiste encore, parce qu'il a l'espoir qu'après les débats on le mettra en liberté. Mais quand les témoins sauront que si leur rétractation n'intervient pas avant la clôture des débats, ils seront immédiatement condamnés, et condamnés en présence de ceux mêmes devant lesquels la honte les empêche de se rétracter, ceux qui ne comprennent pas la sainteté du serment comprendront au moins la puissance de la loi, et ils ne comparaîtront plus devant la justice avec la résolution de la braver, ou bien leur résolution faiblira quand ils se verront acculés contre le châtiment.

Nous sommes d'ailleurs dans un courant d'idées favorables à la simplification des formes judiciaires. La loi sur les flagrants délits a été faite dans ce but, et l'on cherche à débarrasser la procédure criminelle de toutes les mesures rigoureuses qui peuvent être supprimées sans nuire aux garanties auxquelles ont droit les inculpés. A ce point de vue, le jugement immédiat de tous les délits d'audience diminuera le nombre des détentions préventives, et le chiffre des frais de condamnation qui pèsent lourdement sur les condamnés ou sur le trésor public.

En résumé, tous les périls que l'on évoque comme devant être la conséquence de notre système sont imaginaires, et la prudence des magistrats saura bien les conjurer s'ils apparaissaient.

PAUL BERNARD.

DU SERMENT DÉCISOIRE.

POUVOIR ET DEVOIR DU JUGE. — DU FAUX SERMENT EN MATIÈRE CIVILE.

Par M. Alfred Giraud, docteur en droit, archiviste paléographe, procureur impérial à Parthenay.

> Quand un homme est honnête homme, il n'a pas besoin d'être retenu par la religion du serment pour ne pas demander ce qui ne lui est pas dû et pour ne pas disconvenir de ce qu'il doit; et quand il n'est pas honnête homme, il n'a aucune crainte de se parjurer.
>
> (Pothier, *Des obligations*, part. IV, ch. III, § 925.)

La jurisprudence et la doctrine sont aujourd'hui divisées sur la question de savoir si les tribunaux ont la faculté d'admettre ou de refuser le serment décisoire quand il est déféré par une partie à son adversaire. Selon la presque universalité des auteurs, les juges sont liés par le serment décisoire, tandis qu'une jurisprudence constante décide qu'ils ont le pouvoir d'examiner si la preuve n'est pas déjà faite et si le serment peut produire quelque chose d'utile au point de vue de la solution du procès [1].

Cette jurisprudence est critiquée par MM. Boncenne, Larombière, Bonnier, Marcadé, Bioche [2], et par un savant professeur de l'École de Paris, M. Colmet de Santerre, qui, dans cette même *Revue* [3], a vivement attaqué le dernier arrêt de la Cour

[1] V. arrêt de cassation du 23 avril 1829 (*Journal du Palais*, année 1823-1829, page 933); Bordeaux, 19 et 27 janvier 1830 (*J. du Palais*, année 1830, p. 67 et 95); Orléans, 2 janvier 1850 (t. Ier, 1850, p. 67); Limoges, 10 mai 1845 (*J. Palais*, t. Ier, 1846, p. 551); cassation, 5 mai 1852 (*J. Palais*, t. Ier, 1852, p. 600); cassation, 6 août 1856 (*J. Palais*, t. 1858, p. 586); Agen, 8 décembre 1858 (t. 1858, p. 397); cassation, 1er mars 1859 (1859, p. 833); cassation, 6 février 1860 (année 1860, p. 1003); Chambéry, 22 mars 1861 (t. 1861, p. 972); cassation, 17 mars 1862 (t. 1862, p. 842); cassation, 11 novembre 1861 (1863, p. 544); cassation, 17 novembre 1863, et Colmar, 9 mars 1864 (*J. Palais*, t. 1864, p. 235).

[2] Boncenne, t. II, p. 291. — Larombière, *Traité des obligations*, t. V, p. 487. — Bonnier, *Des preuves*, t. Ier, p. 528, § 413. — Marcadé, t. V, p. 221. — Bioche, v° *Serment*, § 12.

[3] *Revue critique*, t. XXIV, VIe livraison, p. 484.

de cassation, rendu par la chambre des requêtes le 17 novembre 1863. Voici le texte de cet arrêt :

« Attendu, en droit, que s'il est vrai que le serment peut être déféré sur quelque contestation que ce soit et en tout état de cause, il n'en reste pas moins vrai qu'il appartient au juge d'apprécier si cette mesure est ou non nécessaire; qu'il peut refuser de l'ordonner comme inutile lorsqu'il déclare que la demande lui paraît suffisamment justifiée d'ailleurs, ou que la preuve des faits contestés par celui qui défère le serment est déjà acquise au procès; et attendu, en fait, que ce sont ces déclarations qui se trouvent dans l'arrêt attaqué, qu'il est dit « que le serment porte sur un fait contesté seulement devant la « Cour et sur lequel elle a été complétement édifiée; » que la Cour donc a pu décider que dans l'état le serment requis serait une mesure frustratoire et qu'il ne devait pas être ordonné; Rejette. »

Les arguments qu'on fait valoir contre le système consacré par cet arrêt peuvent se réduire à trois.

1° Le serment, comme disaient les Romains, est une espèce de transaction conditionnelle, *jusjurandum speciem transactionis continet* [1]. Le droit des parties est donc indépendant du juge. Dès qu'une des parties capables de transiger a déféré le serment, les tribunaux n'ont qu'une chose à faire : constater si le serment a été prêté; *dato jurejurando non aliud quæritur quam an juratum sit* [2]. Sans doute, dit-on, il n'en est pas ainsi du serment supplétoire, que, suivant l'article 1366, le juge peut déférer d'office à l'une des parties; mais il y a une grande différence entre le caractère de ces deux serments. En effet, le serment décisoire est prêté en vertu de la convention des parties, tandis que le serment supplétoire est déféré spontanément par le juge.

2° On ajoute que ces mots : *il peut* être déféré en tout état de cause, s'appliquent à la partie et non au juge, et l'on argumente à cet égard de la deuxième partie de l'article 1360. Les termes de l'article 1360, dit-on, sont généraux et absolus, puisque le serment est admis comme moyen de preuve, *en tout état de cause*, et même lorsqu'il n'existe pas de commencement de

[1] Digeste, liv. XII, tit. 2, loi 2.
[2] Digeste, liv. XII, tit. 2, loi 5, § 2.

preuve par écrit de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué.

3° Le troisième argument est un argument d'autorité, et il est tiré de l'ancien droit. « Le chapitre du serment décisoire, dit M. Colmet de Santerre, est manifestement emprunté à Pothier, nos 817-819 et dans le n° 820. Après avoir posé le principe dans des termes presque identiques à ceux de l'article 1360, Pothier développe son idée et réfute l'opinion d'anciens docteurs qui soutenaient que la délation du serment devait s'appuyer sur quelque commencement de preuve. Or il y a toute probabilité qu'en reproduisant les expressions de Pothier, le Code Napoléon les a acceptées avec les explications que Pothier lui-même en donnait[1]. »

Je crois avoir présenté, sans les avoir affaiblies, les principales objections qu'on élève contre le système adopté par la Cour de cassation, en matière de serment décisoire. Bien que ce système n'ait nullement besoin d'être défendu au point de vue légal et rationnel, et que je n'aie d'ailleurs aucune autorité à cet égard, il n'est peut-être pas sans intérêt d'examiner doctrinalement une question qui divise les meilleurs esprits. Quant à moi, je pense que la jurisprudence a grandement raison de persévérer dans la voie où elle est déjà entrée depuis longtemps, et je vais essayer de réfuter les objections qui ont été produites contre les principes qu'on paraît avoir définitivement consacrés.

Première objection. — Les honorables et savants auteurs qui critiquent la jurisprudence de la Cour de cassation disent que le serment est une espèce de transaction conditionnelle. Cette proposition peut être vraie quand l'offre de prêter serment faite par un plaideur est acceptée par son adversaire; car la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître. (Art. 2044 du Code Napoléon.) Mais il ne peut y avoir de transaction tant qu'il n'y a pas concours de deux volontés. La transaction n'existe que lorsqu'il y a consentement de l'adversaire à prêter le serment qu'on lui défère. Jusqu'à ce que l'offre de prêter serment ait été acceptée, il ne saurait y avoir

[1] *Revue critique*, t. XXIV, VIe livraison, p. 484.

qu'un simple projet de transaction, car les parties ne sont encore convenues de rien. Objectera-t-on qu'en matière de serment décisoire il s'agit, non pas d'une convention expresse, mais d'un de ces engagements tacites qui se forment sans convention et qui résultent de l'autorité seule de la loi? Je répondrai que les engagements qui se forment sans convention ne sauraient avoir aucun rapport avec la transaction, contrat de droit strict, qui ne se présume pas et qui doit toujours être rédigé par écrit (art. 2044 du Code Napoléon). Dira-t-on qu'il y a là, sinon une transaction proprement dite, du moins une apparence de transaction, *speciem transactionis*, et que le quasi-contrat se forme par la seule force des art. 1360 et 1372 combinés du Code Napoléon? Mais ce serait trancher la question par la question, car je nie avec la jurisprudence que l'art. 1360 ait voulu complétement mettre une des parties à la merci de l'autre en obligeant le juge à faire toujours prêter le serment qui sera déféré par l'une d'elles. Je soutiens que dans ce qu'on appelle une transaction conditionnelle, il est impossible que l'un des plaideurs puisse faire la loi à son adversaire et le rendre l'instrument passif de sa volonté capricieuse. Nous ne comprendrions pas qu'en dehors de la présence du juge quelqu'un pût forcer ainsi son contradicteur à prêter serment malgré lui. C'est ce que reconnaît parfaitement Toullier en disant qu'en pareil cas une convention expresse est nécessaire.

« Le serment affirmatif, dit Toullier, est judiciaire ou extra-« judiciaire. Le premier est celui qu'une partie défère à l'autre « hors jugement et de la prestation duquel elle fait dépendre « le sort d'un différend non encore porté en justice. Il peut être « déféré en vertu d'une convention ou même sans convention.

« Mais dans ce dernier cas, celui à qui il est déféré ne peut « être forcé à le prêter. *La justice peut seule imposer cette obli-« gation*, et si le serment extrajudiciaire déféré sans conven-« tion était référé, celui à qui il serait référé ne pourrait éga-« lement être forcé à le prêter.

« Au contraire si le serment extrajudiciaire a été déféré par « une convention faite entre les parties, celui qui doit le prêter « suivant la convention peut être forcé de le prêter et ne peut « s'en dispenser, même en le référant à l'autre partie; ce serait « changer la condition de la convention : *Jusjurandum quod « ex conventione extrà judicium defertur, referri non potest.*

« Une pareille convention est évidemment une véritable « transaction conditionnelle. Il s'est élevé entre vous et moi « un différend au sujet d'une somme de 1,000 francs que je « vous demande et que vous prétendez ne pas me devoir. Avant « de porter cette affaire en justice, nous nous rapprochons. Je « propose de renoncer à mes prétentions et de vous tenir « quitte si vous voulez, en présence d'amis communs, jurer « dans votre âme et conscience que vous ne me devez rien. « Vous acceptez la condition et promettez en votre côté de me « payer la somme si vous ne me prêtez pas le serment convenu. « Un pareil acte est réellement une transaction faite sous la « condition potestative que vous me prêterez le serment. Vous « ne pouvez plus changer la condition convenue. Un pareil acte « est réellement une transaction faite sous la condition potes- « tative que vous prêterez le serment. Vous ne pouvez plus « changer la condition convenue en me référant le serment; « vous êtes rigoureusement astreint à le prêter ou à me payer « les 1,000 francs. Si vous refusez, je pourrai vous contraindre « par les voies judiciaires ou à prêter serment ou à me payer « les 1,000 francs, *jurare aut solvere cogam*. De pareilles con- « ventions sont rares, mais non pas sans exemple. »

Une pareille convention, comme le dit Toullier, constitue parfaitement une transaction conditionnelle. Pourquoi? Parce qu'avant le serment déféré il y a eu à cet égard une convention expresse entre les parties. Mais que le serment ait été déféré devant le juge ou en dehors du juge, s'il n'y a pas eu convention préalable, je ne vois là aucune espèce de transaction. Je suis assigné en justice pour une somme que je ne dois pas ou que j'ai payée; je ne suis nullement convenu d'avance de prêter tous les serments qu'il plaira au demandeur de me déférer. Vous voyez que votre procès est insoutenable, que vous allez être condamné, et en vertu d'une prétendue transaction conditionnelle à laquelle je n'ai jamais consenti, mais que vous me proposez, vous me demandez de prêter serment. N'ai-je pas le droit de dire à mon juge : j'ai été traîné à l'audience malgré moi, examinez les faits de la cause, examinez les intentions de mon adversaire; si vous m'ordonnez de prêter serment, je le ferai pour obéir à la justice, non pour exécuter une prétendue transaction, que de près ou de loin, expressément ou tacitement, je n'ai jamais consentie?

M. Larombière est bien plus dans le vrai quand il qualifie le serment décisoire une proposition de transaction conditionnelle. Ce n'est en effet, tant qu'il n'y a pas eu acceptation, qu'une simple proposition, qu'un simple projet. A la vérité, l'article 1361 dit : « Celui auquel le serment est déféré qui le refuse ou ne consent pas à le référer à son adversaire, ou l'adversaire à qui il a été référé et qui le refuse doit succomber dans sa demande ou dans son exception. » Pourquoi l'article 1361 est-il ainsi conçu? Ce n'est nullement parce qu'il suppose entre les parties une transaction qui n'a jamais existé, c'est tout simplement parce qu'il considère le refus de prêter serment comme un aveu tacite, aveu qui doit mettre à l'aise la conscience du juge et le fixer sur le bon droit de chacun.

Deuxième objection. — La deuxième objection est celle-ci : ces mots, le serment *peut* être déféré, s'appliquent à la partie et non au juge. C'est la partie qui *peut* déférer le serment, le juge doit se borner à constater ce qui se passe devant lui. L'article 1357 qui définit le serment, le présente comme déféré par une partie à l'autre, à la différence du serment dont parle l'article 1366 qui est déféré par le juge, et rien ne réserve le droit du tribunal de se refuser à l'épreuve que la partie veut tenter.

J'ai déjà démontré que la prétendue transaction dont on avait argumenté en faveur du droit absolu de la partie n'était qu'un simple projet de transaction. Il nous reste à démontrer maintenant que le mot *peut* doit nécessairement s'appliquer aux tribunaux.

Si le droit de la partie est absolu, indépendant du juge, le magistrat, en matière de serment décisoire, ne sera plus que l'instrument de la volonté des plaideurs. Ce ne sera plus qu'un officier public, enregistrant ce qui se passe devant lui, laissant les parties donner libre cours à leurs fantaisies. Le juge deviendra alors un simple greffier qui se bornera à dire aux parties : si vous jurez, vous gagnerez; si vous ne jurez pas, vous perdrez. Ce sera sans doute un moyen prompt et expéditif de terminer les affaires. Mais une pareille manière de procéder répond-elle bien à l'idée que nous nous faisons tous de la mission confiée aux magistrats? Le juge Bridoye faisait dépendre la solution des procès du sort des dés et se constituait ainsi

l'instrument aveugle des caprices de la fortune. Sans vouloir prendre au sérieux cette fantasque plaisanterie de Rabelais, croit-on qu'il soit beaucoup plus sage et beaucoup plus équitable de faire uniquement dépendre les sentences du juge de la bonne foi et de la conscience des plaideurs? Quant à moi, je ne saurais le penser.

Le système que je combats me paraît, du reste, en opposition manifeste avec les textes du Code Napoléon et du Code de procédure.

L'article 120 du Code de procédure est ainsi conçu : « Tout jugement qui ordonnera un serment énoncera les faits sur lesquels il sera reçu. » En s'exprimant en termes aussi généraux, l'article 120 a eu en vue le serment décisoire et le serment supplétoire. C'est ce que MM. Bonnier et Bioche eux-mêmes ne peuvent s'empêcher de reconnaître. Seulement ces deux jurisconsultes distinguent entre le cas où le serment est accepté dès qu'il est référé et le cas où la partie conteste l'admissibilité de ce genre de preuve. Dans le premier cas, disent-ils, le tribunal donnera acte de la délation du serment, et la prestation aura lieu immédiatement. Dans le second cas, le tribunal tranchera la difficulté, et s'il reconnaît que le serment peut être déféré, il rendra un jugement dans ce sens [1].

Il est bien évident que si les parties sont d'accord, la tâche du tribunal sera singulièrement simplifiée; mais je persiste à penser que, même dans ce cas, le tribunal, avant de laisser prêter le serment, devra examiner si la transaction qui vient d'intervenir à ce sujet entre les parties ne contient aucune condition contraire aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public (art. 1172 du Code Napoléon). Ainsi les tribunaux ne pourraient dans une affaire de séparation de corps admettre un des époux à déférer ou à référer le serment décisoire. Dans ce cas, en effet, ce serait reconnaître implicitement que la séparation de corps peut avoir lieu par consentement mutuel [2].

D'ailleurs, qu'il y ait jugement ou non, ce sera toujours le tribunal qui fera prêter le serment. Ce sera le président qui prononcera la formule et qui dira à la partie de lever la main

[1] Bioche, v° *Serment*, § 13. — Bonnier, *Traité des preuves*, t. Ier, p. 528, § 413.

[2] Demolombe, *Du mariage et de la séparation de corps*, t. II, § 475. — Massol, *Sép. de corps*, p. 125.

et de jurer. On peut donc dire que c'est le tribunal qui, sur la réquisition de l'un des plaideurs, ordonne cette mesure d'instruction, que c'est le tribunal qui, mis en mouvement par les parties, défère, à proprement parler, le serment décisoire, ou qui du moins consacre juridiquement la délation qui en est faite.

Ce qui prouve que ces mots de l'article 1358 : « il peut être déféré, » ne s'appliquent pas seulement à la partie, mais au juge, c'est que l'article 1357 dit : « il ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie à laquelle il est référé. » Qui jugera que le fait est oui ou non personnel? Évidemment le tribunal. L'article 1362 ajoute : « le serment ne peut être référé quand le fait qui en est l'objet n'est point celui des deux parties, mais est purement personnel à celui auquel le serment avait été déféré. » Qui sera juge de la personnalité du fait? Évidemment ce sera encore le tribunal. L'article 1360 se trouvant placé entre les deux articles que je viens de citer, rationnellement et juridiquement, le sens de ses dispositions doit être le même. Le § 2 de la section 5 qui traite du serment supplétoire a pour rubrique ces mots : « du Serment déféré d'office, » et les articles 1367 et 1368 répètent les mêmes expressions. Qu'est-ce que le serment déféré d'office? C'est le serment que le juge défère spontanément par opposition à celui qu'il défère sur la réquisition de l'une des parties.

Le plus souvent, du reste, quand les tribunaux refuseront le serment décisoire, il y aura eu d'abord contestation sur son admissibilité. Ce ne sera évidemment pas par caprice que le juge refusera d'obtempérer à la demande de l'un des plaideurs. Les auteurs même qui soutiennent que le juge est lié, en matière de serment décisoire, reconnaissent qu'il n'est pas forcé de l'admettre quand les faits ne sont pas concluants [1], quand les parties ne sont pas capables de transiger [2]. Généralement on reconnaît aussi que le serment n'est pas admissible en matière de questions d'État et lorsqu'il s'agit de prouver contre les constatations établies dans un acte authentique [3]. Ce sont là

[1] Bonnier, *Des preuves*, t. Ier, p. 529, § 413. — Marcadé, t. V, p. 219.

[2] Marcadé, *loc. cit.* — Larombière, *Traité des obligations*, t. V, article 1360, § 2, p. 470. — Bonnier, § 416.

[3] Larombière, t. IV, art. 1319, § 22 ; *id.*, t. V, art. 1360, § 3. — Bonnier,

des points délicats, et que les juges seuls peuvent résoudre. Enfin des auteurs même défavorables à la jurisprudence de la Cour de cassation enseignent que dans certains cas les tribunaux ont un assez large pouvoir d'appréciation.

M. Larombière, dans son savant *Traité des obligations*, après avoir établi que le juge ne peut se dispenser d'admettre le serment régulièrement déféré ou référé s'exprime ainsi : « Cependant si le serment n'avait été évidemment déféré que par esprit de malice et de vexation, la délation devrait en être rejetée par ce seul motif. Il convient d'appliquer alors ce principe d'équité : *malitiis non indulgendum*, point d'indulgence pour la malice. Car lorsque la loi accorde une faculté légale, c'est uniquement à la condition qu'on n'en abusera pas méchamment. Par l'abus qu'elle en fait, la partie perd le droit d'en user légalement.

C'était pour obvier à cet inconvénient que le droit romain exigeait autrefois de la partie qui déférait le serment un serment particulier, *juramentum de calumniâ*. Elle devait préalablement jurer qu'elle déférait le serment à son adversaire de bonne foi et dans le seul but de défendre légitimement ses droits et sans aucune intention de le vexer par malice. Ce serment n'existe pas dans notre droit français; mais le juge n'en a pas moins le droit d'examiner si le serment n'a pas été déféré par esprit de méchanceté et de vexation. »

Comme on le voit, M. Larombière, après avoir contesté d'abord le pouvoir appréciateur et discrétionnaire du juge, en matière de serment décisoire, est bien près de le reconnaître. Sans aucun doute, on ne doit avoir aucune indulgence pour les malices humaines, mais de quelle manière l'esprit de méchanceté et de vexation devra-t-il se manifester pour que le juge refuse d'admettre le serment décisoire? Ici nous rentrons, je ne dirai pas dans l'arbitraire, le mot ne saurait s'appliquer aux tribunaux français, mais dans cet *arbitrium*, dans ce pouvoir appréciateur que la loi, dans des circonstances nombreuses et délicates, est nécessairement forcée de confier aux magistrats.

Personne ne doute que les tribunaux, quand ils pourront trouver un élément de preuve suffisant dans le serment déci-

Des preuves t. Ier, § 410. — V. aussi Toullier, annoté par Duvergier, t. X, p. 301 et la note.

soire, ne s'empressent de l'admettre. « Le serment, disait M. Bigot-Préameneu au Conseil d'État, est au nombre des moyens par lesquels la loi espère que la vérité sera découverte. Ce moyen, comme tous les autres, a dû être confié à la prudence du juge [1]. » Les tribunaux ne doivent donc pas perdre de vue cette prudence qui leur est conseillée par un des plus éminents rédacteurs du Code Napoléon. Il arrive souvent qu'une des parties, obligée de s'absenter pour ses affaires, se trouve éloignée du lieu où se juge son procès. Faudra-t-il, quand le tribunal aura des éléments de preuve suffisants, qu'il force nécessairement un plaideur non présent à venir à l'audience, afin de prêter le serment déféré par son adversaire? Faudra-t-il que les juges obligent une des parties à faire quelquefois cinquante ou cent lieues pour venir prêter un serment considéré comme inutile, et qui ne fera que satisfaire les animosités d'un plaideur de mauvaise foi? Une pareille solution me paraît inadmissible.

Un arrêt de la Cour de Limoges, en date du 10 mai 1845, contient à cet égard des considérants remarquables. « Attendu, dit cet arrêt, que la loi, en autorisant la délation du serment décisoire, en tout état de cause, n'a pas enchaîné le libre arbitre du juge sur la pertinence et la moralité des faits soumis au serment, — que sans cela on arriverait à cette conséquence fâcheuse que la justice serait dans la nécessité d'admettre le serment déféré, quelque déraisonnable que fût l'objet proposé; qu'un pareil principe ne saurait être dans l'esprit de la loi, et qu'il faut dès lors apprécier son texte par les principes généraux du droit;

« Attendu que les tribunaux doivent toujours examiner et apprécier la nature et la portée des faits qui leur sont soumis; que s'ils n'ont pas le caractère de gravité et d'utilité que la justice exige, il est de sa dignité de ne pas s'y arrêter;

« Attendu que le serment déféré à M. l'abbé Mitraud porte sur une prétendue transaction qu'il aurait consentie le 2 novembre 1844, mais qu'il résulte du document produit qu'il n'y a eu réellement qu'un projet qui fut confié à M. Mitraud, ainsi qu'une lettre de change concernant son frère, pour les examiner et les

[1] Locré, t. XII, p. 415, exposé de motifs fait par M. Bigot-Préameneu, n° 229.

vérifier, et qu'après vérification il les rendit à M. de Fonbelle, en déclarant qu'il ne pouvait accepter les conditions qui lui étaient proposées, ce qui résulte encore d'un document émané de M. l'abbé Mitraud et produit par M. de Fonbelle lui-même.

« Attendu, dès lors, que la délation du serment n'est qu'une mesure dilatoire et sans utilité, *qui n'aurait d'autre objet que de détourner M. l'abbé Mitraud des pouvoirs qu'il exerce* au collége de Billom, dont il est le chef, dit n'y avoir lieu à la délation du serment[1]. »

Troisième objection. — C'est en vain qu'on invoquerait contre le système consacré par la jurisprudence de la Cour de cassation l'autorité si respectable de Pothier. Que dit en effet ce jurisconsulte? Il combat la théorie de plusieurs anciens docteurs qui disaient que la délation du serment décisoire devait s'appuyer sur quelque commencement de preuve. Notre Code, ceci est parfaitement exact, a accepté à cet égard les principes et les explications de Pothier. Qu'est-ce que cela prouve? Cela prouve que, d'après le Code Napoléon, le serment décisoire peut être déféré en tout état de cause, encore qu'il n'existe aucun commencement de preuve de la demande ou de l'exception sur laquelle il est provoqué. Mais qui le conteste? L'article 1360 le dit en propres termes. La question est seulement de savoir si la jurisprudence interprète sainement cet article en attribuant au juge le pouvoir d'examiner si le serment décisoire doit être admis ou rejeté.

Les lois romaines semblaient avoir accordé au juge un pouvoir assez large à cet égard. « Il n'est pas toujours possible, disait Ulpien, que le serment soit référé de la même manière qu'il est déféré, certaines différences pouvant résulter de la diversité des choses et des personnes; dans ce cas, le juge a pour mission de dire dans quels termes le serment sera prêté. *Non semper autem consonans est per omnia referri jusjurandum quale defertur : forsitan ex diversitate rerum, vel personarum, quibusdam emergentibus qui varietatem inducunt : ideòque si quid tale inciderit, officio judicis conceptio hujusce modi jusjurandi terminetur*[2]. »

[1] *Journal du Palais*, t. Ier, 1846, p. 551.
[2] Digeste, liv. XII, t. 2, loi 34, § 8.

Quand le serment, avant d'avoir été prêté, était révoqué par la partie qui l'avait déféré, une constitution de l'empereur Justinien recommandait aux juges de repousser une nouvelle délation du serment. « *Si quis jusjurandum intulerit et nondum eo præstito, posteà* (*ut potè sibi allegationibus abundantibus*) *hoc revocaverit, sancimus nemini licere penitus, iterum ad sacramentum recurrere* (*satis enim absurdum est redire ad hoc cui renunciandum putavit et cum desperavit aliam probationem tam demo ad religionem convolare*) *et judices nullo modo eos audire ad tales iniquitates venientes* [1]. »

Enfin un autre texte qui se trouve au Code, liv. IV, tit. 1er, loi 12, reconnaît d'une manière expresse que le serment déféré par la partie devait être accepté par le juge. « *Sed juramento illato cum hoc à partibus factum fuerit* et à judice approbatum, *vel ex auctoritate judicis cuicumque parti illatum. Si quidem is cui imponitur sacramentum nihil ad hoc fuerit reluctatus, hoc præstetur vel referatur.* » Plus loin encore, la même loi consacre encore le pouvoir appréciateur du juge. « *Sin autem is cui sacramentum est illatum, vel à parte vel à judice, hoc subire minime voluerit : licentiam quidem habeat sacramentum recusare* : judex autem si hoc omnimodo præstandum existimaverit, *sic causam dirimat quasi volente eo sacramentum sit recusatum* [2]. »

Un des plus illustres prédécesseurs de Pothier, Domat, s'exprime à cet égard d'une manière encore plus explicite : « La partie, dit Domat, qui reconnaît n'avoir point de preuves ou n'en avoir pas qui soient suffisantes peut déférer le serment à sa partie, c'est-à-dire s'en remettre à ce qu'elle déclarera après avoir juré ; et le serment que *le juge ordonne et reçoit, s'il y a lieu*, est d'un usage fréquent et utile pour finir les procès [3]. » Et plus loin : « Celui à qui sa partie défère le serment sur un fait de sa connaissance est tenu de jurer *si le juge l'ordonne* [4]. » Et enfin il ajoute encore : « Il résulte des règles précédentes que lorsqu'il s'agit du serment, soit qu'une partie le défère à l'autre, ou que celui à qui il est déféré veuille le référer, *il est de la prudence du juge, selon les circonstances* de la qualité des

[1] Code, liv. IV, tit. Ier, loi 11.
[2] Code, liv. IV, tit. Ier, loi 12, § 1er.
[3] Domat, *Des lois civiles*, liv. III, tit. 6, section 6, § 3.
[4] Domat, *loc. cit.*, § 5.

faits et de la connaissance que peut en avoir celui de qui le serment est demandé, *de l'ordonner ou non*[1]. »

Il est donc facile de reconnaître que, même dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, une certaine latitude était toujours laissée au juge, et qu'on n'a jamais considéré les parties comme jouissant, en matière de serment décisoire, d'un droit indépendant et absolu.

Mais, me dira-t-on, vous confondez le serment décisoire avec le serment supplétoire.

Je ne confonds nullement ces deux serments, et je fais entre eux une très-grande différence.

Le serment décisoire est celui que le juge fait prêter à l'une des parties sur la réquisition de l'autre partie; ce serment peut être déféré en tout état de cause, et même sans commencement de preuve. Seulement le juge doit apprécier la pertinence des faits, la capacité des personnes, l'utilité et l'opportunité du serment.

Le serment supplétoire, au contraire, est celui qui est déféré d'office par le juge, sans qu'il y ait besoin de la réquisition de l'une des parties. C'est un acte tout spontané de la part du magistrat. A la différence du serment décisoire, il ne peut pas être déféré en tout état de cause. Il est nécessaire que la demande ou l'exception ne soit pas pleinement justifiée et qu'elle ne soit pas totalement dénuée de preuves.

Ainsi, dans le serment décisoire déféré par une partie à l'autre, le juge a un pouvoir appréciateur et souverain; dans le serment supplétoire, au contraire, il est rigoureusement enchaîné par la loi.

J'ai jusqu'à présent parlé du pouvoir du juge, qu'il me soit maintenant permis de parler de son devoir en matière de serment.

De tout temps et surtout dans les législations primitives, on a senti le besoin d'entourer les contrats de formalités solennelles et notamment d'imprimer aux conventions humaines la redoutable consécration du serment. Dans les sociétés peu avancées, ce ne sont qu'imprécations, que malédictions contre le parjure. Il faut voir dans les chartes du moyen âge les mille et mille formules qui enchaînaient les consciences et qui

[1] Domat, *loc. cit.*, § 9.

jetaient parfois dans les esprits une terreur salutaire. Souvent celui qui allait peut-être violer la foi jurée pour satisfaire ses instincts cupides, était retenu par la crainte des châtiments éternels auxquels il s'était voué lui-même dans le cas où il viendrait à se parjurer. C'est pour cette raison que nous voyons au moyen âge le serment jouer un si grand rôle dans les conventions et dans les procédures. On jurait pour soi, on pouvait aussi jurer pour ses amis [1]. Le serment, jusqu'à la rédaction du Code Napoléon, était même imposé à celui qui était interrogé sur faits et articles [2]. Le législateur moderne a senti le besoin de rendre le serment plus rare et de ne pas faire descendre à chaque instant dans les affaires temporelles des promesses et des pratiques empruntées exclusivement à l'ordre spirituel. Il a fait disparaître des contrats le serment promissoire et il a dispensé de l'obligation de jurer celui qui est interrogé sur faits et articles. S'il a fait entrer dans notre procédure le serment judiciaire, il l'a fait avec cette pensée que ce moyen de preuve serait un appel suprême à la conscience des plaideurs, et qu'il viendrait en aide aux juges dans la recherche désintéressée qu'ils font de la vérité. Mais le serment ne pourra être un moyen d'instruction sérieux qu'en ne se multipliant pas à l'infini devant les tribunaux. Dans les temps d'indifférence religieuse, il faut se garder d'assurer une prime à la mauvaise foi, en permettant trop facilement l'emploi d'une pareille mesure. Il faut éviter les graves dangers que fait naître le parjure; car c'est ainsi, dit Beccaria, que le serment devient peu à peu une simple formalité, et que disparaît le sentiment religieux, unique gage de l'honnêteté de la majeure partie des hommes [3]!

Les juges devront donc, en matière de serment décisoire, examiner la situation des parties, l'intérêt et l'opportunité du serment, et ils devront ordonner le serment supplétoire dans les cas excessivement rares, où la preuve étant déjà presque faite, le serment vient comme un moyen complémentaire, confirmer et corroborer les plus sérieuses et les plus graves présomptions.

Les juges doivent être d'autant plus circonspects, en matière

[1] Pardessus, *Dissertations sur la loi salique, des conjurateurs*, p. 624.
[2] Pothier, *Des obligations*, partie IV, ch. 3, art. 2.
[3] *Dei Delitti e delle pene*, § 11, *Dei Giuramenti*.

de serment, que dans notre droit pénal le parjure peut difficilement être puni. En examinant l'état de notre législation et de notre jurisprudence à cet égard, on serait tenté de croire, au premier abord, que le législateur moderne s'est inspiré des paroles que l'empereur Alexandre Sévère a laissé tomber dans une de ses constitutions avec cette majesté de langage où il entre peut-être plus de hauteur que de vraie sagesse: « Il ne me « plaît pas de punir le parjure; la religion du serment méprisée « a assez des dieux pour vengeurs[1]! » Belles et magnifiques paroles, et que j'admirerais sincèrement si le serment n'était pas rangé parmi les moyens de prouver les conventions humaines, et si le législateur, dans la société qu'il est chargé de régir, avait le droit de contempler, du haut d'un philosophique dédain et d'une insouciante sérénité, la lutte de l'honnêteté et de la mauvaise foi, de la vérité et du mensonge.

Le législateur français, plus pratique qu'Alexandre Sévère, n'a pas cru devoir laisser aux dieux seuls le soin de venger le parjure, et dans l'article 366 du Code pénal il a édicté des peines contre le faux serment en matière civile. Cette infraction aux lois était autrefois punie de la dégradation civique. Le législateur de 1863 a pensé avec raison que la dégradation civique était une peine qui frappait d'une manière inégale, et que si elle atteignait efficacement certains hommes, il en était d'autres vis-à-vis desquels elle restait à peu près sans valeur et sans portée. Aussi il a modifié l'article 366 du Code pénal, et, transformant le faux serment en matière civile de crime en délit, il l'a puni de peines correctionnelles. « Celui à qui le serment aura été déféré ou référé en matière civile, dit le nouvel article 366, et qui aura fait un faux serment sera puni d'un emprisonnement d'une année au moins et de cinq ans au plus et d'une amende de 100 francs à 3,000 francs. Il pourra, en outre, être privé des droits mentionnés en l'article 42 du présent Code pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, à compter du jour où il aura subi sa peine, et être placé sous la surveillance de la haute police pendant le même nombre d'années. »

Évidemment la pensée du législateur de 1863 n'a pas été de laisser le parjure impuni, et, en faisant descendre le faux ser-

[1] *Jusjurandi contempta religio satis Deum ultorem habet* (Code, liv. IV, tit. Ier, loi 2).

ment au rang des simples délits, il n'a pas eu d'autre pensée que celle d'en assurer sérieusement la répression. Cependant, dans l'état actuel de notre législation interprétée par la jurisprudence, il est on ne peut plus difficile d'atteindre le parjure.

En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait paru hésiter un instant, à cet égard [1], paraît aujourd'hui définitivement fixée. Le ministère public n'est pas admis, dans l'intérêt de la vindicte publique, à prouver par témoins la fausseté d'un serment prêté au civil, quand le serment est relatif à une convention civile dont la valeur est supérieure à 150 francs. Il faut du moins, pour arriver à cette preuve, qu'il s'appuie sur un commencement de preuve par écrit [1].

On le comprend, il arrivera rarement que celui qui aura fait un faux serment soit assez imprudent pour donner une preuve écrite de la convention qu'il est venu nier en justice. Je sais bien que la jurisprudence a été très-loin, à cet égard, et qu'elle voit un commencement de preuve par écrit dans les aveux faits dans un interrogatoire sur faits et articles, et même dans un interrogatoire devant le juge d'instruction. Malgré ces décisions, les poursuites en matière de faux serment devront difficilement aboutir, car le prévenu ne sera pas assez insensé pour dire dans son interrogatoire le contraire de ce qu'il aura affirmé devant les juges civils.

Depuis les arrêts de cassation dont je viens de parler, un arrêt de la Cour d'Angers du 14 novembre 1855 est venu décider que la fausseté du serment prêté en matière civile sur un objet dont la valeur excède 150 francs peut être prouvée par témoins, quand le fait du faux serment n'est recherché que dans l'intérêt d'une poursuite disciplinaire. Les premiers juges avaient refusé d'admettre cette preuve en se basant sur les articles 1341 et 1347 du Code Napoléon; mais le ministère public interjeta appel, et leur décision fut infirmée. « Considérant, dit cet arrêt, qu'en vain l'inculpé, pour se soustraire à

[1] Un arrêt du 21 août 1834 avait déclaré la preuve testimoniale admissible, même quand il s'agissait de prouver une convention dont l'objet était supérieur à 150 francs (*Journal du Palais*, t. XXVI, p. 895).

[1] Arrêts de cassation des 5 septembre 1812, 17 juin 1813, 20 janvier 1843, 16 août 1844 et 17 juin 1852 (*Journal du Palais*, année 1812, p. 713; année 1813, p. 469; t. II, 1844, p. 225; t. II, 1853, p. 800).

l'instruction des faits les plus graves parmi ceux qui lui sont imputés, cherche à puiser, dans les circonstances au milieu desquelles ces faits se seraient produits, une fin de non-recevoir tirée des prohibitions de la preuve orale en matière civile, puisque ces prohibitions ne sont édictées que pour sauvegarder les intérêts civils, et qu'aucun intérêt de cette nature n'est en question dans ce débat; que d'ailleurs ces prohibitions, si hautement invoquées à titre d'asile inviolable, peuvent devenir l'occasion de manœuvres dignes de la plus sévère attention du juge, car si les lois françaises qui rappellent un des plus grands noms judiciaires ont tari les scandaleux abus de la preuve orale en matière civile, par un malheur inhérent aux choses humaines, elles n'ont point désarmé la mauvaise foi qui a trouvé dans les mêmes prohibitions les éléments de combinaisons perverses; — qu'en effet, il n'est pas rare de voir la perfidie habile se mettre en règle avec la loi civile, sans réussir à se mettre en règle avec l'opinion publique; que parfois on est témoin de dépôts effrontément niés en justice, de serments décisoires prêtés au mépris de la vérité; que si des faits d'une aussi profonde immoralité sont imputés comme dans la cause actuelle à un notaire, il sera impossible à l'autorité disciplinaire de demeurer immobile spectatrice de faits si graves, car si elle se met en mouvement, ce n'est pas pour rétablir le fait d'un dépôt détruit par une dénégation ou pour faire vivre une convention que sur un serment décisoire le juge civil a déclaré n'avoir jamais existé, mais bien pour rechercher si dans le cours de l'instance civile ou des faits qui l'ont précédée, le notaire a forfait à la délicatesse ou à l'honneur; — que s'il en était autrement l'impunité serait d'autant plus assurée que le scandale aurait été plus grand; que le vœu du législateur serait trompé dans les circonstances les plus déplorables, alors que la société est intéressée à ce que des fonctionnaires investis de la confiance publique, dépositaires du secret des familles, souvent de leur fortune, ne puissent faillir et échapper à la répression. — Attendu que les premiers juges, en négligeant les distinctions ci-dessus établies, ont à tort pensé qu'ils tomberaient en contradiction avec eux-mêmes, si après avoir déclaré dans leur jugement civil rendu sur le serment décisoire prêté par P..., que la convention invoquée par le maire de G... contre ce notaire n'avait jamais existé, pour

établir les faits de parjure imputés au prévenu, ils venaient à recueillir par la preuve orale les faits constitutifs de cette même convention; qu'ils ont refusé sur ce motif d'admettre les faits compris dans la dixième articulation; que leur erreur consiste en ce qu'ils n'ont pas discerné la différence qui existe entre la mission du juge civil ordinaire et du juge disciplinaire; — que leur jugement civil définitivement rendu, l'information de laquelle ils devaient procéder, dans la sphère de leur pouvoir répressif, quel qu'en dût être le résultat, était sans influence sur les effets de ce jugement, devenus désormais irrévocables; qu'il s'agissait uniquement de rechercher si les faits d'immoralité articulés étaient vrais ou faux, existaient ou n'existaient pas; — par ces motifs infirme la décision des premiers juges, ordonne que les faits compris dans la dixième articulation seront compris dans les poursuites et soumis à l'information disciplinaire [1]. »

On pourrait certainement soutenir avec quelque apparence de raison que les motifs de décider sont les mêmes en matière correctionnelle et en matière disciplinaire. En effet, les prohibitions de l'article 1341 n'ont eu en vue que la protection des intérêts civils, et ces intérêts ne sont pas plus en cause dans une poursuite correctionnelle que dans une poursuite disciplinaire. Dans l'un comme dans l'autre cas, il n'est pas rare de voir la perfidie habile se mettre en règle avec la loi civile, sans réussir à se mettre en règle avec l'opinion publique. On voit, en effet, et cela assez fréquemment, des dépôts effrontément niés en justice et des serments décisoires prêtés au mépris de la vérité. Si des faits d'une aussi profonde immoralité sont imputés à un prévenu, il sera difficile au ministère public de rester impassible spectateur d'actes aussi graves. En effet, le ministère public n'agit que dans l'intérêt de la société et de la morale publique, et il ne veut qu'une chose : réprimer un fait scandaleux. Le jugement civil étant définitivement rendu, l'enquête à laquelle devraient se livrer les juges correctionnels n'aurait aucune influence sur les effets de ce jugement devenus irrévocables.

Quoique la plupart des auteurs aient approuvé sans réserve la jurisprudence de la Cour de cassation, en matière de faux

[1] *Journal du Palais*, année 1856, p. 356.

serment, un auteur dont l'opinion est considérable, M. Bonnier tout en reconnaissant pour certain que la fausseté du serment ne peut pas être prouvée par témoins quand il s'agit d'un fait relatif à une convention dont l'objet est supérieur à 150 francs, dit qu'il ne voit pas d'inconvénients à laisser le ministère public prouver par témoins le faux serment comme tous les autres délits, si l'action du ministère public ne doit avoir aucune influence sur les intérêts civils. « La commission du Corps législatif, dit M. Bonnier, demandait la suppression de l'article 366 du Code pénal, comme offrant à la partie civile un moyen indirect d'éluder les lois sur la preuve testimoniale. Mais on a répondu à cette objection, ainsi qu'à celle tirée de l'article 1363 du Code Napoléon, en faisant remarquer que l'action est attribuée exclusivement au ministère public. « On ne sau-« rait non plus, dit l'exposé des motifs, abuser de cette dispo-« sition pour éluder l'article 1341 du Code Napoléon, qui pro-« hibe toute preuve par témoins de toutes choses excédant la « somme ou valeur de 150 francs, pour faire recevoir à l'appui « d'une accusation criminelle une preuve irrécusable devant « les tribunaux civils, et faire ainsi revivre, sous une autre « forme, une action justement éteinte ou prescrite... C'est le « ministère public qui pourra, dans le seul intérêt de la so-« ciété, poursuivre le parjure. Celui qui aura fait un faux ser-« ment pour s'affranchir d'une dette contractée, mais dont la « preuve n'aurait pas été présentée ou admise devant les tri-« bunaux civils, ne jouira pas en paix du fruit de son impos-« ture; elle sera dévoilée au grand jour de la justice crimi-« nelle. » Il semble résulter bien clairement de ces paroles qu'on n'a vu d'inconvénients à laisser toute latitude à la preuve du parjure qu'en tant qu'il s'agirait de la partie civile; mais qu'une fois la partie civile hors de cause, il n'y a plus de motifs suffisants pour astreindre le ministère public à tel mode de justification; car l'exposé prévoit même le cas où la preuve n'aurait pas été admise devant les tribunaux civils, ce qui fait allusion aux prohibitions légales, et veut même alors que le parjure ne reste pas impuni. Cette doctrine se conçoit, du reste, dans la position toute exceptionnelle où l'on se trouve placé ici. En effet, l'un des principaux motifs des restrictions apportées à l'emploi de la preuve testimoniale, le danger et la corruption des témoins, disparaît complétement dans une

affaire où l'action publique est seule en jeu; reste l'incertitude de la preuve testimoniale, mais cette incertitude existe également dans les circonstances où la nécessité oblige à admettre cette preuve. *N'y a-t-il pas d'ailleurs pour le ministère public impossibilité morale de se procurer un commencement* de preuve par écrit dans un procès où il n'y a pas de partie civile[1]? »

Ces arguments me paraissent graves. Il est facile de voir que le parjure sera presque toujours impuni si le ministère public ne peut faire entendre des témoins devant le tribunal correctionnel, que dans le cas seul où il aura entre les mains un commencement de preuve par écrit. En effet, quand le serment intervient-il comme moyen de preuve devant le tribunal civil? quand le défaut de commencement de preuves par écrit empêche l'admission de la preuve testimoniale. Les témoins peuvent-ils être entendus devant les juges civils? le serment devient inutile. En général, le serment n'est déféré que lorsque l'enquête est impossible, quand manque le commencement de preuve par écrit. Que faire alors, si on lie les bras du ministère public, si on lui oppose avec succès une exception tirée des articles 1341 et 1347 du Code Napoléon? Un logicien rigoureux pourrait dire : Il faut rayer de notre Code pénal l'article 366 qui devient une arme inutile entre les mains des magistrats du parquet. Il faut même rayer de notre Code Napoléon toute la section qui commence par l'article 1357 et qui finit à l'article 1369. Il faut abolir le serment comme moyen d'arriver à la preuve des obligations, si l'on ne veut pas que des hommes sans pudeur, foulant aux pieds les lois divines et humaines, se servent du faux serment comme d'une monnaie courante et viennent troubler la conscience du juge effrayé de voir multiplier les parjures et affligé de ne pouvoir les punir.

Je ne demande pas qu'on en vienne à cette mesure législative extrême et radicale; car, dans des circonstances exceptionnelles, le juge peut avoir besoin, pour compléter et parfaire sa conviction, de faire appel à la religion du serment. Mais je crois que ce moyen d'instruction doit devenir de plus en plus rare. Il importe donc que le juge use largement de la latitude que lui accorde la jurisprudence en matière de serment décisoire, et qu'il se garde d'ordonner trop souvent le serment

[1] Bonnier, *Des preuves*, t. Ier, § 427, p. 542.

supplétoire. A certaines époques, il est peut-être bon de multiplier les serments qui effrayent les consciences et qui arrêtent le mensonge prêt à se manifester; mais aux époques de tiédeur et d'indifférence religieuse une plus grande réserve doit être imposée aux tribunaux. En faisant trop souvent appel à la divinité qui punit le parjure, on courrait le risque de voir l'honnête homme, esclave de sa parole et confiant dans celle de son adversaire, devenir victime d'un misérable qui ne redoute que les châtiments temporels.

La Cour de cassation a donc été conséquente avec elle-même. En refusant au ministère public la possibilité de poursuivre le parjure, quand il s'agit de prouver par témoins l'existence d'une convention civile ayant pour objet une valeur supérieure à 150 francs, elle devait nécessairement attribuer aux juges, en matière de serment décisoire, un pouvoir appréciateur et à peu près souverain. Qu'on y réfléchisse bien, l'interprétation donnée à l'article 1360 du Code Napoléon est la conséquence forcée de l'interprétation donnée à l'article 366 du Code pénal, combiné avec les articles 1341 et 1347 du Code Napoléon. En législation, comme en toutes choses, il faut toujours que l'équilibre s'établisse. Si vous désarmez le juge au criminel, vous devez étendre ses pouvoirs au civil; si vous le mettez dans l'impuissance de réprimer, il faut nécessairement que vous lui accordiez la faculté de prévenir. Voici comment les décisions de la jurisprudence sur des points qui ne paraissent pas tout à fait identiques, sont cependant unies entre elles par une rationnelle et étroite concordance. Et c'est ce qui prouve une fois de plus l'utilité de cette Cour suprême, qui, placée au sommet de la hiérarchie judiciaire, dans cette région élevée où les petits aperçus disparaissent, envisageant notre droit sous toutes ses faces, dans ses détails et dans son ensemble, sait relier entre eux les principes d'où découlent ses arrêts civils et ses arrêts criminels, et fait régner dans notre législation l'unité et l'harmonie.

ALFRED GIRAUD.

DES INTERDITS EN DROIT ROMAIN.

Par M. Machelard, professeur à la Faculté de droit de Paris.

TROISIÈME ARTICLE [1].

SECONDE PARTIE.

Interdits possessoires.

CHAPITRE Ier.

INTERDITS *RETINENDÆ POSSESSIONIS.*

Les interdits *retinendæ*, de même que ceux *recuperandæ possessionis*, se présentent nettement, de l'aveu de tous, comme n'ayant trait qu'à la possession, tandis qu'il y a controverse sur le véritable caractère des interdits *adipiscendæ possessionis*, au moins pour quelques-uns de ces interdits. Il n'est douteux pour personne que la décision rendue à l'occasion d'un interdit *retin.* ou *recup. possess.* ne laisse subsister entre les mêmes parties une question plus grave, celle relative à la propriété de la chose en litige. Le plaideur, qui a triomphé sur un interdit de cette espèce, n'a ainsi obtenu assurément gain de cause qu'au point de vue de la possession. Ce n'est pas là un succès définitif, qui le mette désormais à l'abri de toute poursuite de la part du même adversaire. Le champ reste ouvert, comme nous le disons, au pétitoire; on sait quel est le possesseur, on ne sait pas encore quel est le propriétaire. Une nouvelle lutte peut s'engager, lutte dans laquelle l'avantage reconnu de la possession ménagera à celle des parties qui a réussi sur ce point la position commode d'être dispensée d'établir son droit, la charge de la preuve incombant, au contraire, à celui qui, battu au possessoire, est forcé de recourir à la revendication. *Nihil commune habet proprietas cum possessione*, telle est la règle qui du droit romain a passé dans notre droit français. L'arène judiciaire n'est donc pas fermée; vaincu sur la possession, je puis à mon tour devenir vainqueur, en démontrant

[1] V. tome XXIV, pages 346 et 417.

que je suis propriétaire. Je n'ai pas à craindre l'exception de chose jugée, parce que je soulève un débat tout autre que le précédent : *Quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur*, dit Paul, L. 14, § 3, *De except. rei judic.*, 44, 2.

C'est au sujet des interdits *retin.* ou *recup. possess.* que tous les auteurs s'occupent de fixer les conditions de la possession, ce que faisait Gaïus, IV, 153, ce qu'ont fait aussi les rédacteurs des Institutes, IV, xv, § 5. Nous avons vu que, dans un interdit *adip. possess.*, la circonstance d'une possession antérieure était non-seulement inutile, mais encore pernicieuse; ici, la possession forme l'élément indispensable du succès. La mission du juge est, en effet, de rechercher quel est celui qui a la possession, ou bien d'examiner si celui qui se plaint d'avoir perdu la possession l'avait en réalité; en outre, si la possession actuelle ou passée était exempte des vices, dont l'absence est nécessaire pour qu'il y ait lieu à invoquer l'appui du droit en faveur de l'état de fait troublé ou anéanti. Il importe donc, avant d'aborder l'étude de ces interdits, de la faire précéder de quelques notions générales sur la possession.

§ 1er. — Notions générales sur la possession.

La possession se compose de deux éléments.

Le premier est un élément de fait, appelé ordinairement *corpus*, consistant à avoir une chose en sa puissance, à sa disposition, ce qui permet d'agir à son gré sur cette chose. C'est de là que vient sans doute le mot *possessio*, qui dériverait du verbe *posse*, étymologie plus acceptable que celle tirée de *pes* (pied), *à pedibus*[1], donnée (L. 1, pr., *De adq. possess.*) par le jurisconsulte Paul, qui rapproche l'expression *possessio* de celle-ci *positio : quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit.* Cette définition a été souvent entendue en ce sens que la possession ne pouvait prendre naissance qu'à la suite d'un contact physique entre le possesseur et la chose possédée; d'où la conséquence qu'on ne commencerait pas à posséder un immeuble avant d'avoir mis le pied dessus, un meuble avant de l'avoir appréhendé avec la main.

[1] Telle est la leçon de la *Vulgate*, tandis que la leçon Florentine porte : *à sedibus.*

Il est certain qu'une relation matérielle s'établit entre le possesseur et ce qu'il possède, que l'exercice de la possession, pour être fructueux, exige que l'homme se soumette à la loi du travail, exige, par conséquent, l'emploi des instruments que la Providence lui a fournis afin de tirer parti des objets créés, c'est-à-dire l'usage des pieds et des mains. Gardons-nous toutefois d'interpréter trop littéralement cette condition du *corpus*, ainsi que l'ont fait en général les anciens auteurs. Ils ont prêté à la doctrine romaine ce point de vue, que l'acquisition de la possession n'était accomplie que du moment où la chose aurait été touchée en réalité; et ils ont prétendu que les divers cas où il en était autrement constituaient autant d'exceptions, qu'il fallait expliquer au moyen de fictions.

Si cette idée a longtemps prévalu, grâce à une traduction trop rigoureuse du mot *corpus*, la faute n'en est pas aux jurisconsultes romains, qui s'attachent à faire remarquer plus d'une fois qu'un contact n'est pas nécessaire pour acquérir la possession, et que l'on possède par cela seul que l'on est à même d'agir dès qu'on le voudra sur un objet, bien que cette faculté ne se soit pas encore manifestée par des actes extérieurs. — Paul, dans la loi 3, § 1, *De adq. possess.*, réduit à quelque chose de fort simple la condition du *corpus* requise pour devenir possesseur d'un immeuble. Si l'on ne possédait d'autre fraction du sol que celle sur laquelle on a posé le pied, il faudrait, pour posséder en entier un fonds considérable, parcourir successivement les différentes mottes de terre dont il se compose (*omnes glebas circumambulet*), ce qui serait aussi fatigant que dérisoire. Suivant Paul, dès qu'on a mis le pied sur une portion quelconque du fonds (*sufficit quamlibet partem ejus fundi introire*), on le possède dans toute son étendue, pourvu que telle soit l'intention de l'acquéreur. La possession exige donc uniquement la *possibilité* de réaliser à son gré un contact avec la chose, et non le contact même effectué.

Celse est encore plus clair dans la loi 18, § 2, *eod. tit.*; il y fait ressortir en termes exprès l'inutilité de ce contact réputé indispensable, et il en dispense positivement celui qui veut acquérir la possession. Quand le vendeur, dit-il, a déposé au domicile de l'acheteur la chose vendue, la possession chez l'acheteur est dès à présent indubitable (*possidere me certum est*), quoique cette chose n'ait pas été touchée (*quanquam id nemo*

dum attigerit). De même, quand le vendeur a montré à l'acheteur du haut d'une tour le terrain vendu, qui est à proximité, et qu'il déclare à l'acheteur que désormais celui-ci peut en jouir librement, il y a prise de possession, sans que l'acheteur soit obligé de se transporter de sa personne sur le fonds.

Une doctrine semblable est énoncée par Paul, L. 1, § 21, *eod. tit.* J'ordonne à mon vendeur de remettre à mon procureur l'objet vendu qui est présent; j'en deviens possesseur, quoique je n'aie pas appréhendé la chose, parce que j'ai la faculté d'en disposer, et que j'en dispose effectivement. Il en est de même, si mon débiteur compte à un tiers par mon ordre l'argent qu'il m'apporte; sans que j'aie eu besoin de mettre la main sur cette somme, elle est devenue mienne, et je transmets immédiatement la possession et la propriété que je viens d'acquérir sur des écus que je n'ai jamais touchés [1]. Du reste, pour qu'on ne se méprenne pas sur les motifs de sa décision, Paul prend la peine de s'expliquer. Il n'est pas nécessaire, dit-il, qu'il y ait contact pour acquérir la possession : *Non est enim corpore et actu necesse adprehendere possessionem.* Du moment qu'une chose est placée sous mes yeux par celui qui veut me la transférer, et que rien ne s'oppose à l'intention que j'ai de me l'approprier, il y a dans ces circonstances tout ce qu'il faut pour opérer une prise de possession. On ne saurait contredire plus formellement le système qui voit dans un contact la condition *sine qua non* de l'acquisition de la possession. Il semble que le jurisconsulte a pressenti l'abus que les interprètes feraient du mot *corpus*, et qu'il a voulu mettre en garde contre une pareille erreur. Il fait d'ailleurs ressortir les inconvénients pratiques qui existeraient, si l'on exigeait rigoureusement une appréhension *corporelle*. Quand il s'agit d'objets d'un grand poids, se borner à les toucher serait quelque chose d'insignifiant. Il fau-

[1] Javolenus, qui donne une solution analogue, L. 79, *De solut.*, 46, 3, ajoute que la tradition est censée faite *manu longa*. C'est dans ce texte que les commentateurs ont trouvé la fiction à l'aide de laquelle l'intervention de la main, prétendue nécessaire pour l'acquisition de la possession, serait remplacée par celle des yeux, la vue étant considérée comme une extension du tact. On a ainsi prêté à Javolenus une figure qui n'était pas dans sa pensée. Tout ce qu'il veut dire, c'est que celui qui n'a qu'à allonger la main, pour saisir une chose mise à sa portée par le propriétaire qui veut s'en défaire, est aussi avancé que s'il tenait réellement cette chose.

drait donc les déplacer, ce qui peut présenter des difficultés, les moyens d'exécution manquant actuellement. Aussi, lorsqu'une colonne a été vendue, suffira-t-il, pour effectuer la tradition, que le vendeur montre la chose à l'acheteur, en l'autorisant à l'enlever à son gré. Cette faculté d'agir sur la chose, qui est le cachet de la possession, sera encore plus certainement constituée, si, des pièces de vin étant vendues, les clefs du cellier où elles sont contenues sont remises à l'acheteur. Celui-ci acquiert ainsi la possibilité de disposer quand il lui plaira de ces pièces de vin. Dès lors, il les possède, et l'on comprend qu'il serait ridicule de lui accorder ou de lui refuser la possession, suivant qu'il aurait ou non apposé sa main sur les tonneaux.

Il est vrai que la doctrine ancienne expliquait ce dernier cas de tradition au moyen d'une fiction, en disant que les clefs sont un symbole, et qu'elles représentent les marchandises. Mais précisément les jurisconsultes romains ont eu la précaution d'exprimer que c'était bien en réalité et non fictivement que la tradition était accomplie par la remise des clefs, attendu qu'il y a faculté pour celui qui est nanti des clefs de faire acte de maître sur les objets contenus dans les magasins dont ces clefs lui ouvrent l'accès. Ces deux idées ne se lient, en effet, qu'autant que les magasins se trouvent à la portée de celui qui tient les clefs. C'est pourquoi Papinien, L. 74, *De cont. empt.*, 18, 1, nous dit que la remise des clefs d'un grenier emportera tradition des marchandises y contenues, si cette remise s'opère dans le lieu même où est situé le grenier (*si claves apud horrea traditæ sint*). Le jurisconsulte n'admet la tradition que sous cette condition, parce qu'alors seulement celui qui a les clefs est à même d'exercer, aussitôt qu'il le voudra, un pouvoir sur les marchandises. Cette faculté immédiate et prochaine suffit pour qu'il possède de suite (*confestim*), bien qu'il n'en ait pas encore usé (*et si non aperuerit horrea*).

En ce qui concerne le *corpus* exigé pour l'acquisition de la possession, la jurisprudence romaine, dérogeant à ses principes rigoureux, avait admis la représentation de l'acquéreur par une personne libre agissant au nom d'autrui. Cette exception célèbre, mentionnée aux Institutes, liv. II, tit. IX, § 5, est ainsi formulée par Paul, dans la loi 3, § 12, *De adq. poss.* : *Animo*

nostro, CORPORE ETIAM ALIENO *possidemus*. L'application à la possession de la maxime ordinaire : *per extraneam personam nihil adquiri posse*, eût été fort gênante ; les besoins de la pratique conduisirent la doctrine à se départir en cette matière de la règle générale relative à l'acquisition des droits : *Tam rationé utilitatis quam jurisprudentia receptum est*, L. 1, C., *De adq. possess.*, 7, 32. On se trouvait ici plus à l'aise, parce qu'on n'était pas en présence d'un droit pur. Si la possession n'est point uniquement *res facti*, bien qu'elle soit quelquefois qualifiée de la sorte, elle l'est du moins en grande partie, suivant l'expression plus exacte de Papinien : *plurimum facti habet*, L. 19, *Ex quib. caus. maj.*, 4, 6. Peu importe, en effet, que je détienne personnellement un objet, ou qu'il soit détenu par un autre, qui reconnaît que cet objet m'appartient, et qui ne l'a appréhendé que dans mon intérêt. Il est certain, dans l'un et l'autre cas, que la chose est à ma disposition, par conséquent, que je la possède.

Le second élément, qui doit se joindre au précédent pour constituer la possession, réside dans l'intention de celui qui en fait a une chose à sa disposition. Cette personne n'aspire-t-elle pas à traiter la chose comme sienne, reporte-t-elle sur un autre la qualité du propriétaire, elle n'est qu'un détenteur. Veut-elle, au contraire, faire tourner à son profit le pouvoir qu'elle a, sans rendre compte de ses actes à personne, prétend-elle se comporter à l'égard de la chose comme si elle lui appartenait, dans ce cas la possession existe. C'est cette intention que les commentateurs caractérisent ordinairement par ces expressions : *animus rem sibi habendi, animus domini.*

La qualité de possesseur ne doit être attribuée qu'à celui qui réunit ces deux conditions : *Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo, aut per se corpore*, L. 3, § 1, *De adq. poss.* Mais, d'un autre côté, si elles concourent, il ne faut rien exiger de plus. Peu importe, remarquons-le bien, que le possesseur ait en réalité le droit d'agir comme il le fait, ou qu'il ne l'ait pas, c'est-à-dire qu'il soit propriétaire ou non. Il n'est même pas nécessaire qu'il soit dans l'erreur à cet égard, et qu'il s'imagine avoir acquis la chose ; la mauvaise foi n'est pas un obstacle à la possession. Bien plus, les moyens à l'aide desquels aura été acquis le pouvoir exercé pour son compte sur

le bien d'autrui, quelque blâmables qu'ils puissent être, n'empêchent pas la possession de s'établir. Supposez que quelqu'un ait profité, pour s'emparer d'un fonds, de l'absence du propriétaire, ou que, plus audacieux, il ait eu recours à la violence pour expulser le précédent occupant; supposez même que quelqu'un n'ait pas reculé devant un *furtum* pour se procurer ce dont il est nanti : toutes ces personnes possèdent, car elles ont la chose à leur disposition, et elles entendent bénéficier du pouvoir qu'elles ont déloyalement obtenu. Cependant, en pareil cas, la possession est atteinte d'un vice, qui laissera le possesseur désarmé vis-à-vis un certain adversaire, vis-à-vis celui auquel la possession a été arrachée par violence, ou enlevée par des actes clandestins[1]. Seulement, la possession, malgré son origine, n'est pas affectée dans son essence; elle ne se trouve pas annulée d'une manière absolue. Il n'y avait alors, disait-on, qu'un vice relatif; la possession ne pouvait être critiquée que par un seul; à l'égard de tous les autres, elle n'en était pas moins protégée par la voie des interdits. *Justa aut injusta adversus cæteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert : qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet quam ille qui non possidet*, L. 2, *Uti possid.*, 43, 17.

Au point de vue de la seconde condition de l'*animus*, la faculté d'être représenté *per extraneam personam* n'avait pas été admise. Cette distinction est relevée par Paul, *Sent.*, liv. V, tit. II, § 1 : « *Possessionem adquirimus et animo et corpore : animo utique nostro corpore, vel nostro, vel alieno.* » En thèse générale, il n'était même pas possible d'échapper à la nécessité de l'intervention de l'*animus* personnel, exigé chez le possesseur, grâce à la règle qui faisait acquérir au chef tout ce qui était acquis par les personnes soumises à sa puissance. Celui-là seul possédait qui en était instruit, et qui voulait posséder; l'*animus* du maître ne pouvait être ordinairement remplacé par l'*animus* de l'esclave, par suite, les personnes incapables d'avoir une volonté, les *infantes*, les *furiosi*, l'hérédité jacente ne pou-

[1] Il en était de même, dans les rapports du concédant et du concessionnaire, si la possession de ce dernier était due à un *precarium*, ainsi que nous aurons à l'expliquer plus tard.

vaient, en principe, acquérir la possession. Toutefois, on s'écartait de cette rigueur dans le cas où l'acquisition de la possession se référait au pécule de l'esclave ou du fils de famille, ce qui était considéré comme un *jus singulare*, suivant la remarque de Papinien, L. 44, § 1, *De adq. poss.* C'est également à titre d'exception, circonscrite aux affaires du pécule, que Paul, L. 1, § 5, *eod. tit.*, signale la faculté pour le maître d'acquérir la possession à son insu.

La possession, avec les caractères que nous avons indiqués, était protégée par le droit prétorien, d'après lequel celui qui détenait une chose avec l'*animus domini*, qu'il eût juste titre ou non, qu'il fût de bonne ou de mauvaise foi, pouvait faire respecter cette situation de fait au moyen des interdits *retin.* ou *recup. possess.* Les conditions dont nous avons parlé suffisent à constituer la possession proprement dite, la *possessio ad interdicta*. Il n'en était pas de même pour la *possessio civilis*, qui, dans le système de Savigny, n'appartenait qu'à celui qui était en mesure de prétendre à l'usucapion, bénéfice accordé par le droit civil, mais qui exigeait le juste titre et la bonne foi. L'expression *possessio civilis* devrait, par conséquent, être entendue comme synonyme de *possessio ad usucapionem;* et là où la possession n'avait pas les qualités requises pour conduire à l'usucapion, elle devrait être appelée seulement *naturalis*.

Cependant la négation de la possession civile, toujours comprise sous ce terme *possessio naturalis*, était susceptible de deux degrés. Quelquefois, en effet, la qualification de *possessor naturalis* était appliquée à des personnes qui, ne pouvant usucaper, se trouvaient en position d'invoquer la ressource des interdits; mais elle se rencontre également pour ceux chez lesquels n'existait que l'élément matériel de la possession, tandis que l'*animus* faisait défaut, tels que le fermier ou le commodataire. Extérieurement, ces individus se présentent comme des possesseurs; au fond et intentionnellement ils ne le sont point. Sans doute, assez souvent, l'idée de *possidere* était écartée dans ces circonstances; on disait plutôt: *non possident, in possessione sunt.* Il n'y a que l'apparence de la possession, de même que celui-là est *in servitute* qui paraît esclave, bien qu'il ne le soit pas en réalité. Néanmoins, il n'est pas sans exemple qu'on s'arrête à la situation de fait, qui assimile le détenteur, quant

au *corpus*, au véritable possesseur, et qu'on emploie cette forme de langage : *corporaliter* ou *naturaliter possidet*.

La théorie de Savigny, malgré toutes les attaques dont elle a été l'objet, nous semble encore la plus propre à rendre compte des différents textes invoqués pour asseoir la signification du mot *possessio*, et des épithètes *civilis* ou *naturalis*, qui l'accompagnent fréquemment, textes sur lesquels on a tant disputé, et sur lesquels on dispute encore. Nous nous bornerons à indiquer succinctement les principaux arguments qui militent en faveur de cette théorie.

La loi 3, § 15, *Ad exhib.*, 10, 4, après avoir posé en principe que l'action *ad exhibendum* est possible contre quiconque est possesseur, ajoute que cela doit s'appliquer, soit à celui qui possède *civiliter*, soit à celui qui n'a qu'une possession *naturelle*. Comme exemple de possesseur naturel est cité le créancier gagiste, qui avait bien la possession *ad interdicta*, mais non la possession *ad usucapionem*, réservée au débiteur, décomposition de la possession indiquée dans la loi 16, *De usurp.*, et dont nous aurons à nous occuper tout à l'heure. La loi 4, *Ad exhib.* continue le développement de la règle énoncée à la fin de la loi 3, en signalant de simples détenteurs, le dépositaire, le commodataire, le locataire, comme ayant une possession naturelle, à raison de laquelle ils sont exposés à subir l'action *ad exhibendum*. Il suit de là que la *possessio civilis* est refusée au créancier gagiste, qui ne possède pas *ad usucapionem*, qu'il est réduit à une *possessio naturalis*, bien qu'il possède *ad interdicta*. Il suit d'un autre côté, que la *possessio naturalis*, au point de vue de l'action *ad exhibendum*, est reconnue exister, en ce qui concerne le dépositaire, le commodataire, le fermier, bien que ceux-ci n'aient pas droit aux interdits. La même désignation de *possessor naturalis* est employée par Julien, dans la loi 2, § 1, *Pro her.*, que nous avons précédemment expliquée, à l'occasion de cette maxime : *Nemo sibi causam possessionis mutare potest*[1].

Cette séparation de la *possessio civilis* (*ad usucapionem*) et de

[1] Paul, L. 38, § 10, *De usur.* (22, 1); Ulpien, L. 38, § 7, *De verb. oblig.* (43, 1), se servent également de l'expression *possessio naturalis* pour indiquer la simple détention.

la *possessio naturalis* (*ad interdicta*) se trouve corroborée par d'autres passages des jurisconsultes romains, qui démontrent en même temps que l'expression *possessio naturalis* est équivoque, puisque celle-ci est quelquefois déniée dans le cas où il n'y a qu'une détention.

Ulpien, dans la loi 1, §§ 9 et 10, *De vi* (43-16), enseigne que, pour être *dejectus*, ce qui est la condition voulue pour l'exercice de l'interdit *Unde vi*, il n'est pas nécessaire que le plaignant possédât *civiliter*, la *possessio naturalis* étant aussi protégée par cet interdit. Aussi, ajoute-t-il, la femme qui aurait été expulsée d'un fonds à elle donné par son mari, pourrait user de l'interdit, bien qu'elle n'ait qu'une *possessio naturalis*. Il ne faudrait pas en dire autant, continue Ulpien, à l'égard du *colonus*; ce dernier n'a pas la possession apte aux interdits; il n'a point même la *possessio naturalis*, qui suffit *ad interdicta*. Cette dénégation absolue de la possession se rencontre chez les mêmes jurisconsultes, qui parfois attribuent au détenteur une *possessio naturalis*. Ulpien, L. 9, *De rei vind.*, dit, à propos de divers détenteurs qu'il énumère : *Hi omnes non possident*. Pareillement, Julien, L. 33, § 1, *De usurp.*, en opposant le *colonus* à l'acheteur, au profit duquel il admet l'existence de la possession, s'exprime ainsi, relativement au *colonus* : *Nec ullam possessionem habet*.

Quant à la femme donataire de son mari, on sait que le droit romain prohibait les donations entre époux. Cette prohibition, dont la portée fut tempérée par un sénatus-consulte rendu sous Sévère, était entendue avec tant de rigueur, qu'on disait que ce qui avait été fait en contravention avec cette règle était en droit civil dépourvu de toute valeur : *ut ipso jure nihil valeat quod actum est*, L. 3, § 10, *De donat. int.*, 24, 1. Cependant, la plupart des jurisconsultes pensaient que, si le mari avait abandonné la possession d'un fonds pour la laisser prendre à sa femme *donationis causa*, celle-ci devait être considérée comme possédant [1]. La possession, disaient-ils, est un fait que les

[1] Cette décision n'est pas contrariée par la loi 46, *De donat. int.*, suivant laquelle : *Inter virum et uxorem nec possessionis ulla donatio est*. Cette loi signifie, d'après l'explication très-satisfaisante qu'en donne Savigny, que la femme donataire ne pourra profiter de la possession du mari donateur, de manière à invoquer les effets de l'*accessio possessionis*, soit pour usucaper, soit pour être *potior adversario* dans l'interdit *Utrubi*. En un mot, il n'y

principes du droit ne peuvent pas supprimer : *quoniam res facti infirmari jure civili non potest*, L. 1, § 5, *De adq. possess.* Cette possession, étant acquise en vertu d'une cause contraire à la loi, n'était pas réputée exister en droit civil (*Licet illa jure civili possidere non intelligatur*), de manière à produire des effets dérivant du droit civil ; elle était impuissante à fonder une usucapion : *Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio*, L. 1, § 2, *Pro donat.*, 41-6. L'usucapion exigeait donc de la part de celui qui y prétendait qu'il y eût en sa personne une *possessio civilis* [1].

*En quoi doit consister l'*animus *nécessaire pour constituer la possession ?* — Nous avons distingué la condition du possesseur d'avec celle du détenteur. S'ils se ressemblent extérieurement,

a pas transmission à la femme de la possession du mari ; il n'y a pas relation de successeur à auteur ; la femme ne pourra invoquer que sa propre possession.

[1] La distinction entre les deux espèces de possession présentait de l'intérêt quant à la manière dont elles s'acquéraient l'une ou l'autre. Nous avons vu précédemment que la représentation au moyen d'une personne libre, d'un mandataire, était autorisée en cette matière. On allait même jusqu'à dire que le mandant était alors investi de la possession, et par suite de la propriété, si elle résultait immédiatement de la possession, même avant d'avoir été informé de l'exécution donnée à son mandat, § 5, Instit., liv. II, tit. 9, L. 13, *pr.*, *De adq. dom.*; L. 1, C., *De adq. poss.* Dès l'instant où la tradition avait été faite, la possession était perdue de la part de celui qui avait livré ; comme elle n'était pas acquise pour le mandataire, auquel l'*animus* faisait défaut, suivant la remarque de Paul, L. 1, § 20, *De adq. poss.*, il fallait, sous peine de laisser la possession vacante, la reconnaître comme appartenant déjà au mandant. Celui-ci aurait pu, par conséquent, en cas de trouble ou d'expulsion, faire protéger par la voie des interdits l'état de possession existant en sa faveur. Toutefois, si la tradition émanait *à non domino*, et que l'usucapion fût nécessaire pour procurer la propriété ce n'était que du jour où le mandant était instruit de l'appréhension effectuée qu'il pouvait commencer à avoir une possession utile *ad usucapionem*. Les lois 49, § 2, *De adq. poss.*; 47, *De usurp.*; la loi 1, C., *De adq. poss.* sont formelles pour refuser la faculté d'usucaper jusqu'à ce qu'il y ait eu connaissance obtenue de la prise de possession. La bonne foi, requise pour l'usucapion, n'existe, fait-on habituellement observer, qu'autant que celui qui usucape sait pertinemment qu'il y a chez lui possession effective ; il ne lui suffit pas de présumer, même avec raison, que cet état de choses est déjà réalisé. Quand il s'agit de dépouiller quelqu'un de sa propriété, il n'est pas étonnant que l'on se montre plus exigeant sur les conditions de la possession, qui, au fond, consiste dans la conscience d'avoir une chose à sa disposition.

quant à leur rapport de fait avec la chose possédée ou détenue, ils se séparent au point de vue de l'intention qui préside à leurs actes, au point de vue de l'*animus*, en vertu duquel le premier entend s'arroger la propriété, tandis que le second attribue à un autre la qualité de propriétaire. Toutefois, comme l'avantage de la possession était reconnu par les Romains à l'égard de certains individus chez lesquels fait défaut l'*animus domini*, les commentateurs ont beaucoup disputé sur le point de savoir si l'on devait se borner à traiter ces situations comme autant d'exceptions à la règle, ou s'il ne fallait pas, au contraire, caractériser l'élément essentiel de la possession autrement que par la condition d'un *animus domini* proprement dit, en se montrant moins exigeant sur la portée de l'*animus*.

La controverse a roulé principalement sur ce qui concerne le *pignus* et le *precarium*, double hypothèse dans laquelle se rencontre cette circonstance que la possession est attribuée à des personnes qui n'aspirent point à l'*animus domini*. Bien que la discussion élevée à ce sujet nous paraisse manquer d'intérêt pratique, et se réduise à peu près à une question grammaticale, qui n'a d'autre mérite que d'essayer d'établir que les Romains, ce qui est fort douteux, ont toujours rigoureusement attaché un sens unique au mot *possession*, nous ne pensons pas devoir absolument négliger ce débat, sur lequel il a été longuement écrit, surtout chez nos voisins d'outre-Rhin. Nous nous contenterons cependant d'examiner les deux hypothèses que nous avons indiquées tout à l'heure.

Hypothèse du pignus. — L'explication de la possession, admise incontestablement dans la personne du créancier gagiste, présente assurément quelque difficulté. Voici comment les jurisconsultes romains analysaient cette situation : Suivant la loi 16, *De usurp.*, le débiteur qui a constitué un *pignus* ne se dépouille pas entièrement de la possession. Se trouvait-il *in conditione usucapiendi*, il continuera à usucaper, nonobstant le *pignus*; mais il n'est réputé posséder qu'à ce point de vue : hors de là, c'est le créancier qui possède. Ce dernier cependant n'a point l'*animus domini*, puisqu'il reconnaît le débiteur comme propriétaire. Il y a là deux positions qui semblent contrarier les règles du droit. D'une part, le débiteur usucape sans posséder, au mépris de la maxime : pas de possession, pas d'usuca-

pion[1]; d'une autre part, le créancier est tenu pour possesseur d'un objet dont il ne s'attribue pas la propriété, dont il est comptable envers un autre.

Faut-il, pour rendre compte de cette situation, se borner à reconnaître chez le créancier gagiste ce que les Romains appelaient une quasi-possession, une *juris possessio*, laissant subsister chez le débiteur la possession proprement dite? C'était ainsi qu'ils envisageaient la chose, quand il s'agissait d'un démembrement de la propriété, d'un usufruit par exemple. Le titulaire d'un usufruit peut, en effet, occuper l'objet de son droit, et se comporter de façon à percevoir l'émolument qui lui appartient. Il y a là assurément un état de fait, qui a la plus grande analogie avec la conduite tenue ordinairement par le propriétaire. Que l'on fasse des actes d'usufruitier ou des actes de maître, la détention existe dans les deux cas; et à cette détention se joint un *animus* de même nature, qui varie seulement dans sa portée, parce que tantôt il se restreint à une partie du *dominium*, tantôt il l'embrasse tout entier.

Malgré cette similitude, l'idée de possession ne fut pas franchement acceptée quant à l'usufruitier; les jurisconsultes romains ne regardèrent en général comme véritable possesseur que celui qui avait pleinement l'*animus domini*. Le droit allégué s'étendant alors à tous les avantages contenus dans la propriété, il pouvait être indiqué sous une forme matérielle, en désignant la chose même qu'il absorbait, et avec laquelle il semblait se confondre. Il apparaissait comme portant directement sur un objet corporel, ce qui était la condition rigoureuse de la possession : *Possideri possunt quæ sunt corporalia*, L. 3, *pr.*, *De adq. poss.* Quant à l'usufruitier, sa prétention ne pouvait se traduire d'une manière aussi sensible; il fallait, pour la comprendre, décomposer le *dominium*, c'est-à-dire s'adresser nécessairement à l'intelligence. Le signe visible manquant, on se trouvait uniquement en présence d'un *droit*, d'une chose incorporelle, pour laquelle il n'y avait pas, disait-on, de possession possible. Aussi l'usufruitier, parce qu'il n'aspirait pas à la chose entière, ne possédait pas; il y avait simple détention de sa part : *Naturaliter videtur possidere is qui usum fructum habet*, L. 12, *pr.*, *De adq. poss.*

[1] *Sine possessione usucapio contingere non potest.*, L. 25, *De usurp.*

Néanmoins, comme l'usufruit est susceptible d'un exercice, tout aussi bien que la propriété, et qu'il y a, ainsi que nous l'avons fait observer, la plus grande analogie entre les deux cas, la jurisprudence finit par reconnaître que la position de l'usufruitier, quand il est effectivement en jouissance, était digne de protection. Seulement, elle n'admit à son égard qu'une *quasi-possessio*, une *juris possessio*; mais, sauf la différence dans les noms, cette *juris possessio* participait aux faveurs de la *possessio corporis*. Les mêmes interdits servaient à la maintenir ou à la recouvrer; toutefois ils étaient appelés *utiles*, § 70, *Vat. Fragm.*, *veluti possessoria*, L. 20, *De servit.* En définitive, quand il y avait nue propriété et usufruit, il était vrai de dire au fond que deux possessions distinctes coexistaient, l'une qualifiée *corporis*, l'autre dite *juris*, et que, loin de s'exclure, elles s'aidaient et s'unissaient. L'usufruitier, en effet, tout en exerçant sa *juris possessio*, en *quasi-possédant* quant à l'usufruit, exerçait en même temps la *possessio corporis* pour le nu-propriétaire, qui détenait par ses mains [1].

Le point de vue, imaginé pour appliquer l'idée de possession aux servitudes personnelles ou réelles, ne peut être étendu à l'hypothèse du *pignus*, qui, chez les Romains, affectait les immeubles comme les meubles. Les textes sont formels pour établir que le débiteur abandonne la *corporis possessio*. Cela n'est point douteux, puisque les interdits possessoires lui étaient refusés, tandis qu'ils compétaient au nu-propriétaire. On faisait cependant une réserve en ce qui touchait l'usucapion, réserve qui profitait au véritable possesseur, au créancier, dont elle consolidait le *pignus*. Pour cela, on supposait, contrairement à la réalité du fait, que la possession était chez le débiteur : *Intelligitur possidere*, dit la loi 36, *De adq. poss.* Mais, au fond, il possède si peu que ce n'est qu'en vertu d'un *precarium* qu'il peut obtenir du créancier l'avantage de la possession. Grâce à ce *precarium*, il aura la possession proprement dite, *ad interdicta*, ce qui ne l'empêchera pas d'usucaper, ajoute la loi 36.

[1] L'usage, à l'instar de l'usufruit, donnait lieu à une quasi-possession. — Les servitudes prédiales étaient également des démembrements de la propriété, qui pouvaient s'exercer par des actes de diverse nature. Aussi leur usage était-il considéré comme engendrant une *possessio juris*, une quasi-possession, en faveur de laquelle avaient été créés des interdits.

Il serait inconséquent, en effet, que celui *qui precario rogavit*, et qui dès lors possède matériellement, eût moins de droits que celui qui ne possède en aucune façon, *qui omnino non possidet*. On refuse donc absolument au débiteur la possession, s'il ne l'a reprise au créancier, à titre de précariste. Aussi supposez qu'il n'y ait eu qu'une *locatio* de la *res pignerata* au profit du débiteur, la possession reste au créancier, nonobstant la *locatio*, qui n'a pas pour effet, à la différence du *precarium*, de transférer la possession, L. 37, *eod. tit.*

Si telle est la position du débiteur, en revanche, on ne peut voir chez le créancier une simple *juris possessio*. Les interdits possessoires lui appartiennent exclusivement; ils sont directs, et non *utiles* dans sa personne. Quand les Romains admirent le *pignus*, ils ne lui donnèrent pas le caractère d'un *jus in re*, et ne l'accompagnèrent pas d'une action réelle; ils se bornèrent à y rattacher la faculté d'user des interdits. Mais ceux-ci ne supposent de la part de celui qui les exerce qu'un droit de créance à l'encontre de celui qui a violé sa possession. Il n'y a pas un droit réel véritable, puisque l'individu dépouillé de la possession ne peut agir, comme nous le verrons, que contre le *dejiciens*, et non contre les tiers qui ont reçu la chose de ce dernier. L'introduction de l'hypothèque a élevé, il est vrai, à la portée d'un droit réel la position du créancier gagiste. Toutefois l'innovation prétorienne n'a pas eu pour résultat de créer un démembrement de la propriété, capable de fonder en la personne du créancier gagiste, au point de vue de ce démembrement, une quasi-possession *proprio nomine*, distincte de la possession proprement dite.

Que se passe-t-il, en effet, quand il y a constitution d'un *pignus?* Le débiteur renonce à la faculté d'aliéner sa chose, faculté qu'il transporte au créancier, afin que celui-ci puisse se payer sur le prix que produira l'aliénation effectuée par ses soins. L'avantage de la possession est en même temps abandonné au créancier, qui, sans cette précaution, ne pourrait trouver un acheteur, s'il n'était à même de lui faire tradition. Le droit du créancier, depuis l'invention de l'hypothèque, affecte la chose même, et doit être respecté par les tiers détenteurs. Mais c'est toujours sur la propriété du débiteur que repose ce droit; il ne saurait prendre naissance à défaut de cette propriété, dont la preuve sera nécessaire pour réussir dans

l'action hypothécaire [1]. Vicié dans son origine, quand le débiteur n'était pas propriétaire, le droit du créancier ne peut se séparer de la condition où se trouvait le débiteur, pour se constituer isolément. En vain possédera-t-il de bonne foi; ni l'usucapion, ni la *longi temporis præscriptio* ne pourront lui procurer un droit réel, tandis que celui qui avait reçu une servitude *a non domino*, était admis, au moins en droit prétorien, à consolider sa position par l'effet du temps. La ressource de l'action Publicienne sera refusée au créancier gagiste, qui aurait perdu la possession (L. 13, § 1, *De Publ. act.*), tandis qu'elle était mise à la disposition de l'acquéreur d'une servitude (L. 11, § 1, *eod. tit.*). Quand le créancier vend, c'est la chose du débiteur qu'il entend vendre; aussi ne sera-t-il pas soumis à la garantie en cas d'éviction, comme le serait sans difficulté un prétendu usufruitier, s'il avait vendu le droit qu'il croyait lui appartenir. A la suite d'un *pignus*, il n'est pas entré un bien particulier dans le patrimoine du créancier; renonce-t-il à son droit de gage, il ne se dépouille pas, il ne fait pas une donation, L. 1, § 1, *Quib. mod. pign.* C'est le bien d'autrui que le gagiste garde et surveille pour la sécurité de sa créance. Dès qu'il est payé, il ne peut se refuser à restitution; en cela, il ne subit pas une expropriation, il ne perd pas un élément de sa fortune. Seulement le droit de rétention, qu'il exerçait sur une *res aliena*, cesse, comme n'ayant plus de cause.

Nous venons de voir que le *pignus* n'opère pas une décomposition de la propriété. La possession du créancier porte sur la chose entière, et non simplement sur une fraction. Si l'échéance de la dette arrive sans qu'il y ait eu satisfaction, le créancier, en aliénant, dispose de la *res pignerata* sans aucune restriction. Le droit, qui lui est conféré, ne peut atteindre son but final qu'en anéantissant le droit du débiteur. On ne saurait, par conséquent, voir là deux droits distincts entre lesquels se partagent les émoluments contenus dans le *dominium*. Il n'y a autre chose qu'un droit unique de propriété, résidant jusqu'à

[1] Bien qu'il eût pour fondement la propriété du débiteur, le droit du créancier ne s'éteignait pas avec celui du débiteur. Ce dernier pouvait, au temps des jurisconsultes, être promptement dépouillé par l'effet d'une usucapion; l'action hypothécaire n'était paralysée qu'au moyen de la *longi temporis præscriptio*.

l'aliénation sur la tête du débiteur, avec cette particularité que la faculté d'aliéner est perdue pour le *dominus*, et qu'elle doit être réalisée au profit du créancier qui ne serait pas désintéressé. La translation de la possession n'est qu'un moyen de faciliter au gagiste l'aliénation qu'il aura peut-être à consommer.

Cette possession concédée au créancier n'est, suivant Savigny, que la possession même du débiteur; c'est ce qu'il appelle une possession dérivée (*abgeleiteter Besitz*). Il est tellement vrai, fait-on observer, que le créancier exerce la possession du débiteur, qu'il lui doit compte de tous les avantages qu'il retire de cette possession. Les fruits qu'il aura perçus ne lui appartiennent qu'à la condition de les imputer sur la dette, et d'améliorer ainsi la position du débiteur. Ce compte est dû même au *prædo*, qui aurait engagé la chose par lui usurpée : *Proderit igitur ei quod creditor bona fide possessor fuit*, dit la loi 22, § 2, *De pign. act.* Tout profit de la possession, qui ne tournerait pas à l'avantage du débiteur, est interdit au gagiste. Il est assimilé au débiteur de bonne foi sur ce point qu'il fait les fruits siens; il en diffère sur ce point qu'il ne peut, même *ex re sua*, acquérir par l'esclave engagé, L. 37, *pr.*, *De adq. rer. domin.* [1]. Ce serait sortir de l'exercice de la possession du débiteur, et se comporter comme si l'on possédait absolument pour soi. Aussi l'usage que se permettrait sur la chose engagée le créancier, usage qui ne profite en rien au débiteur, peut-il constituer un *furtum*, § 6, Instit., liv. IV, tit. I; L. 54, *pr.*, *De furt.*

On aura beau limiter les avantages que procure la possession au créancier, il n'en est pas moins certain qu'il a d'abord la jouissance, et qu'en outre la prérogative la plus éminente du *dominium* devra peut-être s'exercer à sa discrétion. Sans doute le débiteur profite de tout ce que le créancier retirera de la *res pignerata;* mais l'intérêt de l'un n'est pas incompatible avec l'intérêt de l'autre. S'il importe au débiteur d'être déchargé de sa dette, il importe au créancier d'être payé. Pour atteindre ce but, qui est à la fois utile aux deux parties, le créancier

[1] *Per servum, qui pignori datus est, creditori nec possessio adquiritur : quia nec stipulatione, nec mandatione* (Julien avait écrit sans doute : *Mancipatione*), *nec ullo alio modo per eum servum quidquam ei acquiritur, quamvis possessio penes eum sit.*

s'empare de l'objet du *pignus*; il défendra, au moyen des interdits, sa possession contre toute atteinte qui lui serait portée; il aura même une action réelle dans le cas où la ressource des interdits serait insuffisante. Il faut qu'il ait la chose à sa disposition, pour en jouir, puis, au besoin, pour la vendre et en prendre le prix. Si ce n'est pas là l'*animus domini* dans son entier, c'est au moins l'*animus rem sibi habendi*, l'*animus* de s'approprier d'abord les fruits, et ensuite, s'il y a lieu, la valeur vénale de la chose. Un pareil *animus* suffit bien pour fonder la possession; on possède, en effet, quand on détient une chose pour en tirer parti dans son intérêt, et que l'on est autorisé à se faire protéger dans cette situation, *proprio nomine*, sans appeler à son aide celui dont on ne serait que le représentant, pour le compte duquel on détiendrait *alieno nomine*. L'*animus* exigé du possesseur doit lui être personnel (*animo utique nostro*); le créancier gagiste étant possesseur, sans avoir l'*animus domini*, il est certain qu'un *animus domini* n'est pas toujours indispensable pour constituer la possession.

Un dernier mot sur le défaut d'*animus domini*, que les jurisconsultes romains se plaisent à relever dans la personne du créancier gagiste[1]. Rien de plus juste, si l'on entend uniquement lui refuser le rôle d'un véritable propriétaire, puisque son droit se borne à disposer d'une certaine façon; rien de moins exact, si l'on veut exprimer qu'il ne participe nullement aux avantages de la propriété, qu'il n'est qu'un détenteur. Il y aurait là, à notre avis, nous l'avons déjà fait observer[2], et nous persistons dans cette opinion, il y aurait là, disons-nous, une analyse incomplète de la position du créancier gagiste. On n'envisage ainsi que les devoirs qui lui incombent; on ne se préoccupe pas de ses droits. Les uns cependant n'excluent pas les autres. La vérité est qu'il existe deux faces différentes, dont chacune veut être considérée. Il est incontestable que le créancier gagiste est un détenteur de la chose d'autrui, qu'il possède pour le compte du débiteur, lequel continuera, s'il y a lieu, l'usucapion; il est incontestable que le créancier doit conserver

[1] *Non eo animo nanciscitur possessionem ut credat se dominum esse*, Gai., L. 13, § 1, *De Publ. act.; non opinione domini possidet*, Paul, L. 22, § 1, *De nox. act.*

[2] *Textes de droit romain...*, p. 35 et suiv.

et restituer éventuellement l'objet engagé. Tout cela est exact; mais à une condition, savoir que le créancier sera désintéressé. D'un autre côté, en regard des charges qui pèsent sur lui, le créancier a aussi ses prérogatives; s'il n'est pas payé, il est maître de disposer de la *res pignerata*, il est appelé à bénéficier du prix qu'elle produira. C'est en vue d'assurer son payement dans l'avenir que le créancier, par la voie des interdits, maintiendra sa possession troublée, la recouvrera, s'il en avait été dépouillé. Il surveille donc la chose engagée tout aussi bien pour lui que pour le débiteur. En vain ce dernier renoncerait-il à sa propriété; il ne peut, au détriment du créancier, faire sortir de son patrimoine l'objet du *pignus*, qui, à Rome, ne pouvait être aliéné sans le gré du créancier. Sous ce rapport, il est très-légitime de prétendre que le gagiste détient pour lui-même. Il y a, en réalité, chez lui un *animus* complexe, qui répond aux deux issues que peut avoir la situation. Est-il satisfait, il n'aura été qu'un détenteur; n'est-il point satisfait, il pourra à l'égard de la chose engagée accomplir l'acte le plus éclatant qu'autorise la propriété. Il entend donc, dans cette hypothèse, tirer parti du *pignus* pour son compte; et il aura gardé la *res pignerata*, pour aboutir à ce résultat. N'est-ce pas là évidemment détenir *pro suo*, posséder par conséquent? Il nous paraît donc difficile d'admettre, comme l'indiquerait la formule proposée par Savigny, que le gagiste ne soit absolument que l'instrument de la possession d'autrui, puisqu'il a l'intention de s'approprier le principal émolument que la chose peut procurer, et que souvent cette intention trouvera lieu à se réaliser effectivement. Supposez un objet engagé pour une dette égale à la valeur de cet objet, et, en outre, la dette non payée; le *dominium* du débiteur n'est-il pas alors absorbé par le *pignus* du créancier, puisque la faculté d'aliéner, avec le profit qui en résulte, manque au premier pour passer au second? Le plus propriétaire des deux, c'est, à mon sens, le créancier, s'il est vrai qu'en définitive la propriété ne consiste pas dans un vain titre, mais dans le droit aux avantages qu'elle procure.

Hypothèse du precarium. — Les Romains admettaient la possession dans un autre cas où l'*animus domini* faisait défaut d'une manière bien plus certaine que dans le *pignus*; c'était à

l'occasion du *precarium*. Il y avait *precarium*, lorsqu'une personne, sur la prière d'une autre, lui abandonnait la jouissance d'une chose, à la condition que cette chose serait restituée au gré du concédant. Nous aurons, en étudiant l'interdit *de precario*, à revenir sur cette convention, qui nous offre une institution propre aux mœurs romaines. Il suffit, pour le moment, de renvoyer à la loi 1, *De precar.* (43, 26), qui indique les traits principaux du *precarium*.

Quelle que fût l'instabilité de la position du précariste, soumis incessamment au caprice du concédant, à tel point que celui-ci ne pouvait abdiquer la faculté de révocation arbitraire [1], on n'hésitait pas à reconnaître qu'il y avait ici possession transférée : *Meminisse autem nos oportet eum qui precario habet etiam possidere*, L. 4, *pr.*, *h. t.* Du reste, pas d'action réelle, pas de revendication, ni de Publicienne. S'il y avait plusieurs concessionnaires, ils n'auraient pu faire déterminer, par l'action *communi dividundo*, une jouissance séparée pour chacun d'eux. Ils avaient sans doute une *justa possessio, sed quæ non pergat ad judicii vigorem*, dit la loi 7, § 4, *Comm. divid.* La seule ressource qui appartînt au précariste était de recourir à la voie des interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis causa*. C'était le concessionnaire, en effet, qui possédait seul, et non le concédant; ce qui le prouve, c'est que ce dernier avait à sa disposition un interdit, appelé *de precario*, dans le but de recouvrer la possession. Seulement, dans ses rapports avec le précariste, le concédant n'avait pas à souffrir de l'abandon qu'il avait fait de la possession. Vis-à-vis de lui, la possession du *rogans* était *injusta*; elle n'avait droit à aucune protection. Toutes les fois qu'un débat s'élevait sur la possession entre le concédant et le concessionnaire, c'était le premier qui devait triompher, parce qu'il n'était pas permis de retourner un bienfait contre le bienfaiteur.

Mais, si le précariste ne se trouvait pas en collision avec le concédant, sa position constituait un droit accompagné d'une garantie, dans la limite du moins de la portée des interdits possessoires, son unique ressource, comme nous l'avons dit. A l'égard de tous, un seul excepté, le précariste avait donc la faculté de se faire maintenir en jouissance de la chose qu'il

[1] L. 12, *pr.*, *De precar.*

détenait, et même d'en obtenir la restitution. Par conséquent, il avait l'intention de s'attribuer sur cette chose un avantage permanent, pour la conservation duquel il n'avait besoin de s'adresser à personne, de se faire céder aucune action, à la différence du fermier, par exemple. Dès lors, il y avait chez lui *animus rem sibi habendi*, volonté de garder la chose pour en retirer un émolument. Sans doute sa prétention est loin de s'élever jusqu'à la propriété; mais, toute modeste qu'elle soit, elle se défend par elle-même. C'est là, croyons-nous, tout ce qu'il faut pour constituer la possession, à l'égard de laquelle aucun texte ne dit que l'*animus domini* soit indispensable, bien qu'ordinairement il doive se rencontrer.

Il importe peu, ce nous semble, qu'en théorie l'on caractérise l'*animus* exigé pour la possession, en le faisant descendre au-dessous de l'*animus domini*, ou bien que, tout en maintenant la nécessité en principe de l'*animus domini*, l'on voie dans cette hypothèse, comme dans celle du *pignus*, une exception à la règle générale. Ici encore Savigny, et beaucoup d'auteurs après lui, parlent de *possession dérivée*, expression qui a été l'objet d'attaques très-vives, et que Savigny, dans la réponse qu'il a faite à ces attaques, ne nous paraît pas être parvenu à rendre très-claire. Assurément l'idée d'une possession simplement d'emprunt est plus acceptable pour le *precarium* que pour le *pignus*. La possession, en effet, doit être rendue au *rogatus*, à sa première réquisition, tandis que le créancier gagiste non payé retient la possession malgré le débiteur, et serait fondé à la reprendre, si celui-ci s'était emparé de l'objet engagé. Il n'y a pas d'ailleurs, même *manente precario*, perte absolue de la possession quant au concédant. Nous admettons volontiers que, s'il a besoin d'invoquer l'usucapion, il aura pu continuer à posséder à ce point de vue par l'intermédiaire du précariste. Mais, tant qu'il n'aura pas en fait repris la possession par la rupture du *precarium*, il est hors d'état de triompher en usant des interdits, ainsi que le reconnaît Ulpien, L. 13, § 7, *De adq. poss.* Provisoirement la possession *ad interdicta* est donc dans le patrimoine du précariste.

Cette situation, qui constitue, nous l'avouons, une anomalie, s'explique très-bien, de même que celle qui était faite au créancier gagiste. La concession à *precarium* était faite habi-

tuellement pour avoir une longue durée. Une fois qu'il s'était dessaisi, le concédant ne devait pas être obligé d'intervenir pour défendre le concessionnaire contre les entreprises des tiers. On trouvait plus simple d'autoriser ce dernier à prétendre qu'il *possédait*, de même qu'à la suite des baux perpétuels ou à terme très-considérable faits à l'occasion des *agri vectigales*, on reconnaissait au preneur la faculté d'intenter une action réelle, afin de le dispenser de recourir à son bailleur pour maintenir sa jouissance. Pareillement le créancier gagiste avait besoin de pouvoir défendre par lui-même sa position; le débiteur aurait souvent mis peu d'empressement à venir au secours du créancier, parce qu'il savait qu'il ne pourrait conserver ce qu'il avait engagé, et que l'aliénation au profit d'un autre était inévitable. Il y avait, dans le cas du *pignus*, comme dans le cas du *precarium*, des motifs pour détacher la possession, et la conférer à quelqu'un qui n'avait pas l'*animus domini*. On dira, si l'on veut, que ce sont là des exceptions. Au fond, il est certain que ces personnes détiennent pour leur compte, à leur profit, qu'elles obtiennent en vertu de cette possession des condamnations en leur propre nom; en réalité, la possession *ad interdicta* est à celui en faveur duquel se réalisent les avantages qu'elle peut fournir.

Les auteurs allemands disputent encore pour savoir si l'on doit reconnaître à l'emphytéote et au superficiaire une *corporis possessio*, qui devrait rentrer alors dans la classe des possessions dites *dérivées*, puisque ni l'un ni l'autre n'a l'*animus domini*, ou s'il faut se borner à leur donner, comme à l'usufruitier, une *juris possessio*. L'intérêt de la controverse est que, dans le premier système, on refusera les interdits possessoires au *dominus*, tandis que, dans l'autre opinion, il devrait les avoir à l'instar du nu-propriétaire. La question ne nous semble pas douteuse en ce qui concerne la *superficies*; car la loi 3, § 7, *Uti possid.*, accorde au *superficiarius* un interdit spécial, en réservant l'interdit direct au propriétaire du sol. Il y a plus de difficulté relativement à l'emphytéose; nous inclinerions cependant à penser que les Romains admettaient au profit de l'emphytéote une *corporis possessio*, puisqu'il acquérait les fruits par la simple séparation à l'égal du possesseur de bonne foi, et à la différence de l'usufruitier. Nous n'entrerons pas dans

l'examen de la discussion qui s'est engagée sur ce point, ayant hâte d'arriver à l'étude des interdits qui servaient en droit romain à la maintenue de la possession. Il ne nous semble pas cependant sans intérêt de noter auparavant le caractère accidentel que pouvait revêtir le dépôt au point de vue de la possession.

Particularité du dépôt. — En règle générale, le dépositaire n'acquiert pas plus la possession que la propriété de l'objet déposé. Il pouvait toutefois en être autrement, au cas de séquestre, c'est-à-dire de dépôt relatif à une chose litigieuse, dépôt fait de concert par les deux parties contendantes. La loi 17, § 1, *Depos.* [1], qui énonce à la fois la règle et l'exception, semble indiquer que cette dérogation aux effets ordinaires du dépôt est habituelle en matière de séquestre : *Nisi apud sequestrem deposita est.* Mais, suivant l'observation de Duaren, reproduite par Savigny, on doit sous-entendre le mot *possessio* comme sujet du verbe *deposita*, ce qui signifie que le séquestre n'acquiert la possession qu'autant que les parties la lui ont conférée, et cela en vue d'y renoncer, et d'empêcher qu'elle pût être invoquée par l'un ou par l'autre des déposants. Un autre texte, en effet, la loi 39, *De adq. poss.* [2], explique très-bien que le séquestre est compatible avec cette idée qu'il y aura simplement garde de la chose confiée au séquestre, de telle sorte que celui-ci aura détenu pour le compte du vainqueur éventuel. Mais, d'un autre côté, fait observer Julien, auteur de ce texte, la volonté des parties peut être d'abdiquer l'une et l'autre l'avantage de la possession, qui est alors aliénée et transportée au séquestre, de façon à ce que nul des deux plaideurs n'ait la faculté de profiter de la possession intérimaire pour arriver à l'usucapion. Cette intention n'est même pas celle qui doit être présumée ; ce résultat ne doit être admis qu'autant

[1] *Rei depositæ proprietas apud deponentem manet; sed et possessio; nisi apud sequestrem deposita est. Nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.*

[2] *Interesse puto qua mente apud sequestrum deponitur res : nam si omittendæ possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procederet. At si custodiæ causa deponatur, usucapionem eam possessionem victori procedere constat.*

que les parties s'en sont ouvertement expliquées : *Et hoc aperte fuerit approbatum.*

On peut se demander par quels motifs des plaideurs seront amenés à convenir d'un séquestre de cette espèce, sous la condition que la possession, transférée à un tiers pour le temps du procès, sera perdue même pour celui qui triomphera. Cette précaution s'explique facilement, si l'on suppose que le débat roule sur le possessoire, à la suite de l'émission de l'interdit *Utrubi*. Chacune des parties peut craindre de succomber, et de perdre la ressource de la revendication, qu'aurait exclue l'usucapion, si le vainqueur sur l'interdit avait pu ajouter à sa possession celle qui aurait été exercée intérimairement par le séquestre. Nous ferons aussi observer que l'interdit *Utrubi* donnait lieu vraisemblablement, à l'image de l'interdit *Uti possidetis*, à une *licitatio fructuum* ayant pour objet d'attribuer à l'une des parties la possession durant le procès, *licitatio* dont le montant devait également avoir le caractère d'une peine contre l'adjudicataire qui succombait. Cet incident de procédure se trouvait écarté, avec le danger qu'il entraînait, au moyen d'un séquestre. Néanmoins il était possible d'éviter la *licitatio* par la constitution d'un séquestre, sans attacher à cet arrangement la conséquence exorbitante de la perte de la possession à l'égard des deux parties.

Dans le cas où le procès s'engagerait au pétitoire, on comprend que l'expédient d'un séquestre est désirable pour le demandeur. Il enlèvera ainsi à son adversaire la faculté d'usucaper *inter moras litis*, de façon à pouvoir obtenir la mise en possession de sa chose au lieu d'une simple condamnation pécuniaire. Le défendeur peut être disposé à souscrire à cette convention, parce qu'il ne lui est permis de conserver l'avantage de la possession qu'en se soumettant à la prestation de la caution *judicatum solvi*, charge dont il se débarrassera au moyen de l'organisation d'un séquestre. Toutefois la question de propriété devant être vidée par l'issue du procès, on n'aperçoit pas quel intérêt peuvent avoir les parties à conjurer l'éventualité d'une usucapion, en décidant qu'aucune des deux ne pourra profiter *ad usucapionem* de la possession qui aura été transférée au séquestre.

Division de la matière. — Après avoir déterminé à quelles

personnes appartenaient les interdits *retinendæ* ou *recuperandæ possessionis*, voyons quels étaient ces interdits, et d'abord ceux qualifiés *retinendæ*.

La législation romaine connaissait deux interdits ayant pour but le maintien de la possession, *retinendæ possessionis causa*. L'un, relatif aux immeubles (*de fundo vel ædibus*, Gaï., IV, 150), était appelé, à raison des premiers termes usités dans l'interdit, *Uti possidetis;* l'autre, concernant les meubles (*de re mobili*, Gaï., *ibid.*), était appelé, pour le même motif, *Utrubi*. Ces interdits étaient prohibitoires l'un et l'autre; leurs formules nous ont été conservées plus ou moins complétement aux Pandectes, liv. XLIII, tit. 17, et tit. 31.

§ 2. — Interdit *Uti possidetis*.

Utilité de cet interdit. — Gaïus, IV, 148, et Justinien, Instit., liv. IV, tit. 15, § 4, parlant des deux interdits *retinendæ possessionis*, s'accordent à présenter le point de vue suivant pour justifier leur introduction. Ils auraient servi, disent-ils, à déterminer le rôle de défendeur à l'occasion d'une revendication projetée, en fixant quel est celui des deux prétendants à la propriété qui jouira de l'avantage de cette position. Cet avantage est très-considérable; il consiste à dispenser de toute preuve celle des deux parties qui réussira à se faire attribuer le rôle de défendeur; de manière à rejeter ce fardeau tout entier sur son adversaire, obligé de se porter demandeur en revendication. En cette qualité, il devra administrer la preuve de son droit, faute de quoi il succombera, se trouvât-il en face d'un adversaire, qui serait lui-même hors d'état de justifier sa propriété. Les choses resteront *in statu quo;* l'objet litigieux sera conservé par celui qui a le bonheur de le posséder. *Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio, propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet*[1]. Aussi le débat sur la possession, à raison de l'intérêt qui s'attache à sa solution, était-il à Rome habituellement un débat fort animé; *Ideoque plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa posses-*

[1] Instit., liv. IV, tit. XV, § 4.

tione (Instit., *loc. cit.*). Cette observation est encore vraie chez nous, surtout quand la discussion ne roule que sur un terrain de peu d'étendue, sur la véritable démarcation de deux propriétés, sur un fossé, sur une haie, sur quelques sillons. On disputera avec ardeur pour savoir à qui appartient la possession; mais une fois ce point vidé, il sera rare que celui qui a succombé ose s'engager dans un procès au pétitoire. D'où la conséquence qu'il est bon aujourd'hui comme autrefois de veiller à la conservation de sa possession, et de se tenir en garde vis-à-vis de voisins entreprenants, parce qu'une négligence à cet égard peut rendre nécessaire une revendication, dont le succès est souvent incertain.

Il ne faut pas croire cependant que le préalable d'un interdit *retin. poss.* fût toujours indispensable pour organiser une instance en revendication. Cela n'était vrai qu'autant qu'il y avait entre les prétendants à la propriété désaccord sur l'état de possession actuelle; *namque, nisi ante exploratum fuerit utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui*, § 4, Instit., *De interd.* Un débat préliminaire sur la possession était, au contraire, inutile, toutes les fois que l'un des plaideurs reconnaissait l'existence au profit de l'autre de l'avantage de la possession. Ainsi que le fait observer Ulpien, L. 1, § 3, *Uti possid.*, la manière de distribuer les rôles sur la revendication étant convenue entre les parties, il n'y aura pas lieu de demander le règlement de ce point à la procédure d'un interdit : *Si convenit, absolutum est.* Celui qui ne prétend pas à la possession, mais seulement à la propriété, évitera les périls sérieux de l'interdit *Uti possidetis*, sur lequel il serait assuré de succomber; il abordera de suite le pétitoire, en acceptant d'emblée la charge de la preuve, en réclamant la formule de la revendication. Il n'y aura pas deux procès, mais un seul, la possession n'étant pas disputée à celui qui en a présentement l'avantage.

Si nous remontons au premier système de procédure usité chez les Romains, au système des *legis actiones*, nous voyons que celui qui possédait en fait, et auquel était contestée la propriété de ce qu'il possédait, n'était point assuré de conserver la possession pendant le procès, et de jouer le rôle plus simple de défendeur. Gaïus, IV, 16, nous apprend qu'après les formalités

de la *vindicatio* et de la *contra-vindicatio*, et après la provocation réciproque au *sacramentum*, il appartenait au magistrat de régler la possession intérimaire : *Postea Prætor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat.* Il semble bien résulter de là que, malgré l'identité de position faite aux deux parties, dont chacune avait à établir que son *sacramentum* était *justum*, c'est-à-dire que sa *vindicatio* était fondée, la chose litigieuse devait rester entre les mains de celui qui avait été constitué possesseur, par cela seul que son adversaire ne réussissait pas à démontrer sa propriété, bien qu'il eût lui-même échoué de son côté dans cette tentative. Cette attribution des *vindiciæ* rompait donc l'équilibre entre les parties, et procurait un avantage positif à celui en faveur duquel le magistrat s'était prononcé.

Nous ne mettons pas en doute que la décision du Préteur n'était pas rendue arbitrairement. C'était précisément la jurisprudence prétorienne qui tenait compte de la possession sans s'inquiéter de la propriété; c'est par elle que furent introduits les interdits *retin. poss.*, en vue de protéger le simple état de possession. Il est permis de conjecturer que ce fut à l'occasion du règlement des *vindiciæ* que les Préteurs établirent les principes dont la procédure des interdits eut pour mission de continuer le développement et d'assurer la régularisation. Vraisemblablement la déclaration qui intervenait à propos des *vindiciæ* n'était que la confirmation de l'état de possession qui paraissait au magistrat réunir le plus de probabilités. Seulement, en présence des assertions contradictoires de deux plaideurs qui prétendaient également à l'avantage d'une possession exclusive, il devait être difficile au Préteur, à moins de se livrer à une instruction pour laquelle le temps lui manquait, de statuer équitablement en parfaite connaissance de cause. On sentit, par conséquent, la nécessité de séparer l'examen de la question de propriété; on trouva opportun de confier à un juge spécial le soin de statuer sur le fait de la possession actuelle, quand elle était disputée entre les parties. L'expédient imaginé pour ce règlement préliminaire de la possession consistait dans l'émission de l'interdit *Uti possidetis*, toutes les fois que le litige portait sur un immeuble.

Comme les interdits sont contemporains des *legis actiones*,

la division du possessoire et du pétitoire dut être opérée même sous l'empire de ce système. Celui des plaideurs, qui se sentait assuré de triompher au possessoire, en présence d'un adversaire qui lui contestait à la fois la possession et la propriété, était fondé à solliciter la délivrance de l'interdit *Uti possidetis*, qui ne pouvait lui être refusé, puisqu'il y avait trouble apporté à sa possession. Quand une fois il avait réussi à faire constater ainsi l'existence de la possession en sa faveur, il n'avait plus à craindre sans doute qu'à l'occasion de l'action en revendication l'avantage de la possession intérimaire lui fût refusé. La partie qui avait droit aux *vindiciæ* se trouvait désignée à l'avance par l'issue à laquelle avait abouti le premier procès ouvert au moyen de l'interdit *Uti possidetis*.

Sous le système formulaire, le débat sur la propriété ne fut plus envisagé comme imposant à chaque partie la nécessité d'élever une prétention à la propriété et de fournir la preuve de cette prétention. Il se réduisit à une question unique, celle de savoir si la chose litigieuse appartenait à celui qui ne la possédait pas, tandis que celui qui la possédait n'avait qu'à repousser les allégations de son adversaire, sans être obligé d'établir qu'il était lui-même propriétaire [1]. Au non-possesseur, disait-on, revient le rôle de demandeur en revendication, avec la charge de la preuve; au possesseur est réservé le rôle de défendeur, qui lui assure gain de cause, à raison de sa seule possession, si le demandeur ne parvient pas à démontrer qu'il est propriétaire. Aussi la revendication ne paraissait pas possible, si la distribution des rôles ne pouvait se faire, à cause de l'incertitude sur l'état actuel de la possession; et l'exercice préalable de l'interdit *Uti possidetis* était indispensable pour ouvrir ultérieurement la voie à la revendication.

C'est par une singulière réminiscence d'un droit depuis longtemps tombé en désuétude que les rédacteurs des Institutes, liv. IV, tit. 6, § 1, semblent encore exiger du possesseur, défendeur à la revendication, qu'il élève de son côté aussi une prétention à la propriété : *et possessor dominum se esse dicat*. Dira-t-on que, en fait, le défendeur ne se bornera pas à nier le droit de l'adversaire, et qu'il se prétendra habituellement propriétaire? Sans doute le plus souvent il se posera en propriétaire; mais il n'a nullement besoin de tenir ce langage pour légitimer sa résistance. Certains jurisconsultes, notamment Ulpien, L. 9, *De rei vind.*, regardaient même comme pouvant défendre à la revendication celui qui avouait n'avoir que la détention, et qui n'aspirait pas à la possession proprement dite.

Indépendamment de cette première fonction, que les textes mettent surtout en saillie (détermination des rôles des parties en vue d'une revendication), Savigny[1] assigne encore deux autres fonctions à l'interdit *Uti possidetis*. Cet interdit aurait encore pour but d'obtenir la réparation d'un trouble apporté à la possession actuelle, et par suite des dommages-intérêts à raison d'un préjudice déjà occasionné. Il servirait enfin à garantir contre un trouble imminent, et fournirait une mesure préventive pour écarter dans l'avenir un trouble qui ne s'est pas encore produit, mais qui serait seulement redouté. Cette doctrine de Savigny a cependant rencontré des contradicteurs.

Nous aurons à dire, en étudiant les effets de l'interdit *Uti possidetis*, comment ont raisonné ceux qui ont prétendu qu'il était impuissant à procurer une condamnation relative à un dommage antérieur. Quant à nous, il nous paraît incontestable que telle était la destination directe et immédiate de l'interdit. Nous ne comprendrions pas que, laissant de côté un dommage actuel et éclatant, on ne s'occupât que de régler un avenir incertain, de tracer le programme d'un procès hypothétique. Ce qui est urgent, ce qui appelle sans retard l'intervention de la justice, c'est l'atteinte portée à la possession. Il faut de suite assurer la tranquillité de celui qui a été injustement troublé, et donner satisfaction à ses intérêts, qui ont pu être lésés par les entreprises de son adversaire. Le soin de fixer les rôles, au sujet d'une revendication ultérieure, ne se présente que sur le second plan, comme ayant trait à une éventualité problématique. L'auteur du trouble, quand il reconnaîtra que la possession est bien assise chez son rival, reculera peut-être devant une attaque au pétitoire; en aucun cas, il ne doit échapper à la réparation du mal qu'il a pu causer en troublant une possession régulière.

Pour ce qui concerne l'efficacité de l'interdit, en vue d'empêcher d'aboutir à exécution des projets de trouble qui ne se sont encore manifestés par aucun acte extérieur, il peut y avoir difficulté à donner une pareille portée à l'interdit *Uti possidetis;* et nous reviendrons sur ce point. Mais il est impossible de faire abstraction de la vertu réparatrice justement attribuée par Savigny à l'interdit *Uti possidetis*, qui a été créé pour faire

[1] *Traité de la possession*, § 37.

respecter la possession par quiconque ne peut reprocher à cette possession d'être vicieuse à son égard. Rendre indemne, s'il y a lieu, celui dont la possession a été violée; par voie de conséquence de la possession reconnue, lui attribuer le rôle de défendeur quand surviendra une revendication, tels sont les deux buts du débat qui s'élève entre deux prétendants à la possession d'un immeuble. Examinons comment se déroulait la procédure usitée en cette matière, procédure dont les complications présentent quelque chose de surprenant, quand on songe qu'il s'agit d'une question aussi simple; des deux parties se disputant la possession d'un immeuble à qui appartient-elle?

Procédure de l'interdit Uti possidetis. — Aulus Agérius, se prétendant en possession de l'immeuble A, est gêné de quelque façon dans l'exercice de sa possession par Numérius Négidius, qui soutient au contraire que c'est à lui que la possession appartient. La *vocatio in jus* a amené devant le Préteur les deux parties qui persistent à s'attribuer chacune exclusivement à l'autre la possession de l'immeuble. L'interdit *Uti possidetis* sera délivré par le magistrat; c'est un interdit prohibitoire, et en même temps un interdit double. Il y a deux ordres, ou plutôt un ordre adressé indistinctement à chaque plaideur. Quelque soit celui des deux qui possède régulièrement vis-à-vis de son adversaire, le Préteur défend qu'il soit apporté trouble à cette possession : *Uti eum fundum, quo de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quominus ita possideatis, vim fieri veto.*

L'interdit une fois émis, il n'y a pas encore de juge chargé d'examiner lequel des deux a enfreint l'ordre, en persévérant dans sa prétention à la possession; quand ce juge sera-t-il nommé? Nous avons vu précédemment qu'à l'occasion d'un interdit exhibitoire ou restitutoire, le juge était désigné de suite, si l'une ou l'autre des parties optait pour la formule arbitraire. Ici l'option n'existe pas, puisqu'il s'agit d'un interdit prohibitoire, et qu'en pareil cas les *sponsiones pœnales* étaient inévitables. Faut-il en conclure qu'un délai devra toujours s'écouler, et qu'il faudra nécessairement revenir plus tard devant le magistrat pour conclure les *sponsiones?* Nous ne pouvons le supposer : chacune des parties, postérieurement à l'interdit, est

décidée à s'arroger la possession ; chacune soutient qu'elle est en règle, et que c'est l'autre qui désobéit. Si elles sont également désireuses d'en finir, nous ne voyons pas ce qui empêcherait de passer immédiatement aux *sponsiones* et de recevoir un juge.

On a cependant soutenu[1] que cette allure rapide n'était pas compatible avec le caractère d'un interdit prohibitoire. Un ordre de s'abstenir, a-t-on fait observer, ne peut être enfreint que dans l'avenir. Il faut que chacun des plaideurs attende pour savoir si son adversaire persistera, malgré l'interdit, à faire acte de possession; car si les *sponsiones* étaient conclues immédiatement, et qu'il n'y eût pas nouveau trouble après l'interdit, le possesseur devrait perdre son procès. Il aurait bien prouvé sa possession, mais non la condition mise à la stipulation pénale, le trouble apporté à cette possession depuis qu'il a été fait défense de la troubler.

Il est facile de répondre que la résistance à l'ordre du Préteur de la part de l'une ou de l'autre des parties est constante dès qu'aucune d'elles ne s'incline devant cet ordre. Le Préteur a défendu de troubler la possession actuelle, qui ne peut exister qu'au profit d'un seul. Cependant chacun des plaideurs continue à prétendre qu'elle lui appartient exclusivement; l'un des deux, par cette persévérance qui sera démontrée mal fondée, contrevient à l'interdit, en faisant obstacle à une possession qu'il devrait respecter. Nous supposons que chacun a foi en la justice de sa cause, et maintient son dire. C'est là, en effet, prenons-y bien garde, ce qui est indispensable pour ouvrir le débat propre à l'interdit *Uti possidetis*, un débat relatif à cette question : où est la possession?

Nous ne nions pas que l'une des parties ne puisse solliciter un délai pour réfléchir et savoir si elle devra persister dans sa prétention. Un délai peut sans doute lui être accordé, si elle le réclame. Seulement il devra être bref; car il y a un état de choses qui ne peut demeurer longtemps incertain, qui exige un prompt règlement. Le délai passé, si l'un des plaideurs refuse d'engager la lutte, et reconnaît que la possession est à son adversaire, l'interdit *Uti possidetis* ne recevra pas son développement. Le magistrat constatera la possession en faveur de

[1] Schmidt, p. 54 et suiv., p. 249.

celui au profit duquel elle est avouée. Il pourra bien y avoir lieu à une action *in factum*, pour liquider les dommages intérêts dus au possesseur qui aurait éprouvé quelque préjudice à raison de troubles antérieurs; mais l'interdit *Uti possidetis* se trouvera arrêté dans sa marche.

A quoi bon, en effet, rechercher qui possède, quand la chose est avérée? L'organisation entière de la procédure qui doit suivre, les mesures qui y sont pratiquées, tout cela ne se conçoit qu'autant qu'il y a encore controverse sur la possession. S'avisera-t-on de mettre aux enchères pour la durée du procès une possession que l'un ne conteste plus à l'autre? Fera-t-on conclure des *sponsiones pœnales* où le perdant doit être celui qui aspire à tort à la possession, si l'une des parties n'entend plus s'arroger la possession? Évidemment la procédure particulière à l'interdit *Uti possidetis* s'évanouit comme n'ayant plus d'objet, dès qu'il n'y a plus deux prétendants à la possession. Elle n'est nécessaire, et nous n'avons à suivre ses phases qu'autant qu'Aulus Agérius et Numérius Négidius continuent à s'attribuer exclusivement la possession de l'immeuble dont il s'agit. Qu'importe qu'ils se montrent résolus à ouvrir de suite le débat, ou qu'ils ne reviennent qu'après un délai, qui aura dû être assez court, pourvu qu'ils soient à ce moment, comme à l'époque de la première comparution *in jure*, décidés à se disputer la possession? Ce qu'il faut pour que la procédure de notre interdit se déroule, c'est que les prétentions respectives qui s'excluent mutuellement soient persistantes. Alors seulement il y aura lieu à donner suite à cette procédure spéciale, dont nous avons à étudier les détails.

Le premier acte de cette procédure nous montre les plaideurs en lutte pour s'attribuer provisoirement dès à présent l'avantage de la possession dont le sort définitif doit être fixé par la décision du juge. Il s'agit d'abord, en effet, de régler à qui appartiendra la possession pendant le litige. On ne voulait pas, pour éviter des rixes probables, laisser l'état d'incertitude se prolonger durant tout le procès. Au lieu d'abandonner ce point à la discrétion du magistrat, suivant le procédé usité sous les *legis actiones* en matière de revendication, on imagina de faire décider la question par les parties intéressées elles-mêmes, en offrant la possession intérimaire à celui des plai-

deurs qui la priserait le plus haut. En conséquence, le magistrat, ainsi que nous l'apprend Gaïus, IV, 166, commençait par ouvrir des enchères à cet égard; et c'était celui qui promettait la *summa licitationis* la plus considérable qui restait adjudicataire de la possession intérimaire. L'adjudicataire devait en même temps, au moyen d'une stipulation que Gaïus appelle *fructuaria*, s'engager à restituer la possession pour le cas où il succomberait. Nous verrons que la *summa licitationis* avait un caractère pénal, dans l'hypothèse où le plus fort enchérisseur perdrait son procès, parce que le payement de cette *summa* ne le dispensait pas de tenir compte des fruits qu'il avait dû percevoir pendant l'instance, Gaï., IV, 167. Toujours est-il que cette opération préliminaire fournissait aux parties l'occasion de témoigner le degré de confiance qu'elles avaient en la bonté de leur droit. Celui qui se sentait assuré de la légitimité de sa prétention ne devait pas appréhender d'offrir une somme considérable, puisqu'il devait compter n'avoir point à la payer. Il soustrayait d'ailleurs ainsi la chose litigieuse aux dégradations qu'eût pu commettre son adversaire, si celui-ci fût resté adjudicataire; enfin il se ménageait la satisfaction de ne point perdre en fait la possession. Mais il ne faut pas croire que désormais les rôles des parties soient tranchés, et que l'adjudicataire, devenu défendeur, n'ait pas besoin de faire une preuve qui incomberait au contraire seulement à son adversaire considéré comme demandeur. Le développement ultérieur de la procédure nous prouve qu'une pareille distinction n'était pas admise. Tout au plus pourrait-on dire que, ni l'un ni l'autre ne parvenant à établir sa possession, la chose devrait rester aux mains de l'adjudicataire, qui contraindrait ainsi son adversaire, pour cette hypothèse assez rare, à prendre le rôle de demandeur en revendication.

Remarquons enfin que le résultat de la *fructuum licitatio*, ce point de départ de la procédure postérieure à l'interdit, est de constituer celui qui succombera en contravention à l'ordre du magistrat. Il y a *vis*, en effet, suivant la loi 11, *De vi* [1], de la part de quiconque se comporte de façon à ce que son adversaire

[1] On a fait observer avec raison que l'auteur de la loi 11 entendait signaler les faits qui autorisent un possesseur à se plaindre du trouble qu'il a éprouvé dans la possession, et que c'est par inadvertance que les Compilateurs ont transporté ce texte à la théorie de l'interdit *Unde vi*.

ne possède pas librement : *Sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.* Cette *vis* existe à l'égard de celui qui sera reconnu véritablement possesseur, soit qu'il ait conservé la possession, puisqu'il ne doit cette position qu'à la surenchère qui lui a été imposée, et qu'il lui a fallu en outre triompher d'une attaque injuste, soit *à fortiori* quand, ayant été vaincu sur la *licitatio*, il aura de fait perdu la possession ; car il a été privé plus ou moins longtemps de la possession, et il ne l'aura recouvrée qu'en repoussant un procès téméraire. Les choses se trouvent donc disposées de façon à ce que le juge qui sera désigné puisse dire qu'il y a eu possession troublée au détriment de celui qui possédait régulièrement, qu'il y a eu *vis facta* à l'encontre de cette possession, et par conséquent infraction à l'interdit qui enjoignait de s'abstenir de tout trouble : *vim fieri veto.*

Après le règlement de la possession intérimaire venait la provocation réciproque aux *sponsiones pœnales ; Postea alter alterum sponsione provocat,* Gaï., IV, 166. A l'instar de ce qui était pratiqué sous les *legis actiones*, où l'un et l'autre plaideur se portait revendiquant, et s'engageait à payer le montant du *sacramentum* pour le cas où sa revendication serait mal fondée, chacune des parties auxquelles s'adresse l'interdit *Uti possidetis*, se prétendant possesseur, fait promettre à son adversaire telle somme dans l'hypothèse où celui-ci aurait troublé la possession du stipulant ; seulement, le montant de la *sponsio* doit tourner au profit du vainqueur au lieu de tomber dans le trésor public. Il y a ici en présence deux prétentions, dont chacune sert de base à une *sponsio*, ayant pour but de faire encourir une peine à l'adversaire, si la prétention est bien fondée. Mais, en sens inverse, si cette prétention est téméraire, celui qui l'a élevée à tort doit être exposé à subir la même peine ; c'est ce qui aura lieu au moyen d'une *restipulatio* qui suit la *sponsio*. En définitive, il intervenait quatre stipulations distinctes, dans lesquelles chaque partie jouait deux fois le rôle d'interrogeant et deux fois le rôle de répondant.

Un exemple fera comprendre le jeu et la portée de ces diverses stipulations. Aulus Agérius soutient qu'il possédait régulièrement le fonds A, et que sa possession a été troublée par Numérius Négidius. Il interroge Numérius Négidius en ces termes :

Si adversus edictum Prætoris mihi possidenti vis a te facta est, spondes ne centum? Numérius Négidius, exposé de la sorte à perdre cent, s'il était vrai qu'Aulus Agérius possédât, est fondé à lui faire promettre la même somme pour le cas où la possession n'appartiendrait pas à son rival. Il fera donc à son tour une *restipulatio*, dans laquelle il dira à Aulus Agérius : *Si adversus edictum Prætoris tibi possidenti vis a me facta non est, spondes ne centum?* Voilà pour ce qui concerne la première prétention, celle d'Aulus Agérius. Mais, d'un autre côté, la position de Numérius Négidius est identique à celle d'Aulus Agérius; il ne se borne pas à nier les allégations de son adversaire, il est en même temps demandeur, prétendant à la même chose que celle que s'attribue Aulus Agérius, à la possession du fonds A. Il fera donc à son tour une *sponsio*, à l'effet d'engager Aulus Agérius à lui payer une somme de cent pour le cas où ce dernier aurait troublé la possession de lui Numérius Négidius. De plus, il devra se soumettre à une *restipulatio*, qui aura pour but de procurer un gain de cent à Aulus Agérius, s'il est prouvé que c'est à tort que Numérius Négidius s'est plaint d'un trouble apporté à la possession qu'il s'arrogeait sans y avoir droit.

Les *sponsiones* et les *restipulationes* une fois conclues, un juge ou des récupérateurs sont nommés, avec mission d'examiner quelles sont parmi les peines conditionnellement promises celles qui sont dues. De cet examen il ne peut résulter évidemment que deux condamnations. En effet, ou bien la possession est reconnue appartenir à Aulus, ou bien il est établi qu'elle existe au profit de Numérius. Dans le premier cas, Aulus obtient une condamnation sur sa *sponsio*, et une sur la *restipulatio* qu'il a faite après la *sponsio* de Numérius; en même temps il est absous sur la *restipulatio* de Numérius et sur la *sponsio* de celui-ci, Gaï., IV, 167. Le résultat inverse se produit, si c'est au contraire Numérius qui triomphe, et qui est reconnu possesseur. Il est déclaré créancier pour les deux sommes qui lui ont été promises, et déclaré non débiteur pour les deux sommes qu'il a promises sous condition, mais à l'égard desquelles *stipulatio non committitur.*

Cette double condamnation n'a trait qu'à une peine; l'un ou l'autre, Aulus ou Numérius gagnera deux cents que perdra son

rival. Quant au fond du litige, que va-t-il se passer? Sur ce point une distinction est nécessaire.

Le vainqueur est-il celui qui est resté adjudicataire, il semble que tout est fini, et qu'on doit s'arrêter là. La décision qui lui fait obtenir le profit d'une double peine est basée sur cette circonstance que la possession existe en sa faveur, de sorte que cette possession est judiciairement établie. D'un autre côté l'adjudicataire a déjà l'immeuble litigieux en son pouvoir, et il le garde. Il n'a point à payer le montant de la *fructuum licitatio*, puisqu'on ne peut lui reprocher d'avoir injustement privé son adversaire d'une possession appartenant à ce dernier. Enfin il aura gagné les fruits intérimaires; car il a continué à posséder durant l'instance. Ne doit-on pas dire dès lors qu'il y a satisfaction complète? Gaïus, en effet, IV, 168, énonce cette idée que, le non-adjudicataire succombant, il en sera quitte pour payer le montant de la *sponsio* et de la *restipulatio* faites par son adversaire. La seule difficulté qui s'élève est de savoir si, dans le cas où le vainqueur resté adjudicataire aurait par hasard éprouvé quelque préjudice à raison du trouble apporté à sa possession, il n'entrerait pas dans l'office du juge de l'interdit d'en régler la réparation et de prononcer une condamnation à cet égard. C'est une question controversée, que nous avons déjà indiquée, que nous croyons devoir résoudre par l'affirmative, et sur laquelle nous nous expliquerons plus tard.

Est-ce, au contraire, le plaideur non adjudicataire de la possession qui a triomphé, il ne suffira pas que son adversaire s'exécute en payant le montant de la *sponsio* et de la *restipulatio*, qui est dû uniquement à titre de peine. Les intérêts du vainqueur sont loin d'être satisfaits, et les condamnations, en ce cas, vont se multiplier. Le vainqueur, en effet, a droit à la possession du fonds litigieux, qu'il obtenait au moyen d'une instance particulière, dite, suivant Gaïus, IV, 166, *Cascellianum sive secutorium judicium*, instance entraînant condamnation au principal, à défaut de restitution.

A cette troisième condamnation, que l'adjudicataire succombant peut éviter en restituant la chose, Gaïus, IV, 167, en ajoute une quatrième, qui n'est qu'accessoire et qui sert de complément naturel à la précédente. Cette condamnation a trait à la valeur des fruits perçus intérimairement par l'adjudi-

cataire; elle est indiquée par Gaïus au commencement du § 167, où il résume toutes les condamnations qui se cumulent en cette occurrence : *et hoc amplius fructus quos interea percepit reddit.*

Enfin une dernière condamnation atteindra encore le vaincu; celle-ci est relative à la somme promise sur la *fructuum licitatio*. En effet, le droit au montant de la *licitatio* est indépendant de la condamnation aux fruits intérimaires, comme ayant un objet tout différent. La condamnation pour les fruits perçus ou qui ont dû l'être a le caractère d'une indemnité, *rem persequitur*; la *summa licitationis* est exigée à titre de peine : *non pretium est fructuum, sed pœnæ nomine solvitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est.* On veut châtier celui qui par sa plus haute enchère a dépouillé quelque temps de la possession la personne qui avait droit de la retenir. Toutefois le vainqueur non adjudicataire avait la faculté, nous dit Gaïus, IV, 169, en négligeant la *stipulatio fructuaria*, qui était intervenue au moment de la *licitatio* (Gaï., IV, 166), de recourir pour cet objet à une instance particulière, que l'on appelait *fructuarium judicium*, et à l'occasion de laquelle, dit le même jurisconsulte, le demandeur pouvait exiger la caution *judicatum solvi*.

La procédure que nous avons décrite offre, à n'en pas douter, bien des complications. Cependant les choses se simplifient, si l'on fait attention qu'il n'y a en réalité qu'un seul point capital à décider, savoir quel est celui qui a contrevenu à l'interdit. Cette question mère une fois vidée, la solution de toutes les autres s'ensuit naturellement, et les condamnations viennent se grouper sans difficulté, dans le cas où le vainqueur n'était point l'adjudicataire de la possession. Le même juge suffit à toutes ces questions, et peut statuer sur les restitutions à faire comme sur les peines à payer. Les différentes formules nécessaires pour les différentes condamnations étaient délivrées en même temps. Aussi Gaïus nous dit-il, IV, 165, qu'au cas où il y avait lieu soit à restitution soit à exhibition, le demandeur faisait accompagner la *formula sponsionis* d'une autre formule *de re restituenda vel exhibenda.*

Du reste, il paraît que déjà au temps de Gaïus ces complications déplaisaient à certains plaideurs qui refusaient de s'y

soumettre : *Sed quia nonnulli, interdicto reddito, cætera ex interdicto facere nolebant*, IV, 170. La vieille procédure organisée sous l'influence du système des *legis actiones* se trouvait alors arrêtée : *Atque ob id non poterat res expediri* (Gaius, *ibid.*). Comment s'y prenait le Préteur pour dénouer la difficulté, et ménager une solution plus simple à un débat qu'il fallait bien néanmoins terminer? c'est ce qu'il est absolument impossible de conjecturer avec la moindre certitude dans l'état où nous est arrivé le manuscrit de Gaius sur ce point. Peut-être se bornait-on alors à délivrer une action *in factum*, chargeant le juge d'examiner qui possédait, et de régler les réparations qui pouvaient être dues à celui dont la possession aurait été troublée.

MACHELARD.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DU 14 MAI 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

SECTION III.

État de la doctrine sur l'existence d'une délégation législative générale du droit de vendre les biens domaniaux.

SOMMAIRE.

67. Controverse dans la doctrine.
68. Division de la section en deux paragraphes.

67. Si les hommes d'État, au sein du gouvernement et des chambres, s'abstenaient de soulever aucun doute sur ce point de droit et le résolvaient chaque année par leurs votes, il faut avouer que quelques auteurs protestaient contre cette interprétation donnée par la pratique à la loi.

C'est seulement au sein de la doctrine que la question était

[1] V. le précédent numéro, p. 190.

à l'état de controverse. Encore faut-il dire que le plus grand nombre des jurisconsultes qui ont écrit sur cette matière, se sont prononcés dans le même sens que la pratique législative, gouvernementale et administrative. La minorité seule des auteurs persistait à nier l'existence d'une délégation du droit de vendre directement donnée au pouvoir exécutif par le pouvoir législatif.

68. Nous diviserons cette section en deux paragraphes destinés à présenter le tableau complet des autorités doctrinales, de nous connues, qui ont soutenu l'un et l'autre système. Dans le § 1er nous indiquerons les autorités qui ont professé le maintien absolu dans la législation de la règle formulée par l'article 8 de la loi de 1790; dans le second paragraphe, nous indiquerons les autorités qui ont, au contraire, admis l'existence d'une délégation du droit de réaliser les ventes domaniales faite par le pouvoir législatif au pouvoir exécutif.

§ 1er.

Système négatif de l'existence d'une délégation législative.

SOMMAIRE.

69. Opinion de M. de Cormenin.
70. Opinion de M. Gaudry.
71. Opinion de M. Dufour. — Importance des développements donnés par cet auteur; leur influence sur les débats du 27 avril.
72. Opinion de M. Dalloz.
73. Opinions de M. des Glajeux et de M. Desjardins.

69. M. de Cormenin[1], après avoir dit ce qui suit : « Du « principe que le domaine est la propriété de l'État, et que, « dès lors, l'État peut, comme tout autre propriétaire, disposer « librement et pleinement de sa chose, il suit : que les domaines « nationaux peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et « irrévocable..... », se contente d'écrire en note, sans autre examen de la question : « Il n'est pas besoin d'ajouter qu'ils « ne peuvent l'être qu'en vertu d'une loi. 6 mars 1835 (dé- « partement de la Dordogne). Il en est de même pour les « échanges. »

70. M. Gaudry[2] n'est pas moins affirmatif, mais ne se préoc-

[1] *Droit administratif*, 5e édit., 1840, t. II, p. 43.
[2] *Traité du domaine*, t. III, p. 9 et 10, n° 557.

cupe pas plus que le précédent auteur de la constance d'une pratique contraire et de la question d'existence d'une délégation; nous avons vu du reste (n° 42), qu'il paraît contester le droit même de délégation. Dans un autre passage, il s'exprime ainsi qu'il suit :

« La loi du 1er décembre 1790 est très-explicite dans ses « dispositions. L'article 1er dit : Le domaine s'entend de « *toutes* les propriétés foncières et de *tous* les droits réels et « mixtes qui appartiennent à la nation. L'article 8 en déclare « l'inaliénabilité sans restriction, si ce n'est en vertu d'une loi. « L'article 31 excepte de la révocation les *aliénations faites* de « quelques petits domaines, et n'exempte pas les *aliénations à « faire* de la nécessité du concours législatif. Une loi est donc « nécessaire pour toutes les aliénations.... Ainsi, sous ce ré- « gime (1852) comme sous le régime constitutionnel antérieur, « le domaine de l'État est, dans toutes ses parties, complète- « ment inaliénable, si ce n'est avec le concours du pouvoir « législatif. »

71. M. Dufour, en émettant le même avis, traite la question au point de vue de la controverse dont elle est l'objet et en discute les divers éléments. Il est d'autant plus essentiel de connaître les termes dans lesquels il formule son système, qu'il est parmi les auteurs qui se sont prononcés en ce sens, celui qui a le plus approfondi ce point de droit.

Cet auteur s'exprime de la manière suivante[1] : « Pour la « vente des biens du domaine, la loi des 22 novembre-1er dé- « cembre 1790 exigeait le consentement et le concours de la « nation; elle devait être autorisée par un acte législatif. En « est-il de même aujourd'hui?

« Nous ne saurions partager l'opinion des auteurs du traité « *De la fortune publique*, qui supposent que, pour répondre à « l'exigence des circonstances politiques, on rendit plusieurs « lois, notamment celles des 16 brumaire an V, 15 et 16 flo- « réal an X et 5 ventôse an XII, d'après lesquelles les fonds « ruraux, les maisons, bâtiments et usines purent être vendus « lorsque le gouvernement le jugea convenable, et qui ajoutent « que *tel est encore aujourd'hui l'état des choses.*

« Nous ne connaissons aucune loi qui ait modifié en ce sens

[1] *Traité général de droit administratif appliqué*, 2e édit., t. V, p. 106 et 107, n° 94.

« la disposition de la loi de 1790; et quant à celles que l'on « cite, elles nous semblent bien plutôt renfermer une confir- « mation de cette disposition. La loi du 16 brumaire n'autorise « le gouvernement à vendre les domaines nationaux que jusqu'à « concurrence de la quantité suffisante pour compléter le fonds « affecté aux dépenses extraordinaires de la guerre. Les lois « des 15 et 16 floréal de l'an X déterminent un nouveau mode « pour la vente, sans parler du droit de l'effectuer; et celle du « 5 ventôse an XII, dont l'article 107 est le seul qui ait trait au « droit de vendre, loin de reconnaître ce droit au gouverne- « ment, ne le lui accorde que pour les domaines situés dans « quelques départements au delà des Alpes, et seulement jus- « qu'à concurrence de 40 millions de valeur. N'en faut-il pas « conclure qu'au sein même de la tourmente révolutionnaire, « la nation, pour parler le langage de la loi de 1790, ne s'est « pas dessaisie du droit de juger de l'opportunité des ventes « des biens du domaine et d'autoriser l'administration à y pro- « céder?

« On n'hésite point à déclarer que, pour l'échange et pour « la concession, l'intervention de la législature est nécessaire; « par quels motifs en serait-il autrement de la vente? Ne voit- « on pas que le pouvoir que l'on prête au gouvernement est « directement contraire aux principes fondamentaux de l'ad- « ministration financière? Ne voit-on pas que ce pouvoir exor- « bitant fournirait le moyen le plus commode de se procurer « des fonds sans l'agrément du Corps législatif?

« Disons-le d'ailleurs, quant à l'état actuel des choses, la loi « est positive. On lit dans l'article 35 de la loi du 22 avril 1815, « qui interdit tout moyen d'obtenir des fonds autrement que « par l'impôt régulièrement voté : « Aucun domaine ne peut « être aliéné ni échangé qu'en vertu d'une loi. » D'un autre « côté, le Conseil d'État ne proclame pas d'autre principe. Le « département de la Dordogne se prévalant, entre autres actes « émanés du gouvernement, de deux ordonnances des 6 et « 20 août 1828 pour justifier sa propriété sur des dépendances « du domaine de l'État, on l'a condamné, en considérant que « les actes invoqués n'avaient point effectué l'aliénation de « l'immeuble litigieux, « et qu'une telle aliénation, même par « voie d'échange, n'aurait pu avoir lieu qu'en vertu d'une « loi. » (Voy. ord. 6 mars 1835, min. fin.) — Enfin, le même

« principe est énoncé comme incontestable dans le rapport « fait par M. Dumon, en 1843, sur l'organisation du Conseil « d'État. »

En reproduisant ici cette discussion substantielle de l'habile écrivain, nous donnons le tableau le plus impartial et le plus complet de tout ce qui a pu être dit en faveur de ce système, de tous les arguments et de toutes les idées qui ont été invoqués en ce sens dans la séance du 27 avril, par la commission du Corps législatif et les orateurs qui ont adopté sa manière de voir. Il semble que ce savant ouvrage ait eu l'honneur d'inspirer cette discussion, et que ce ne soit que justice de lui attribuer en partie le vote du 27 avril et la loi nouvelle qui en est résultée.

L'opinion de M. Dufour n'était cependant pas généralement suivie dans la doctrine administrative, ainsi que le prouvera le paragraphe suivant.

72. M. Dalloz[1] toutefois, ainsi que deux auteurs qui ont écrit depuis sur la matière, ont adopté en tout ou en partie les idées de M. Dufour.

M. Dalloz les reproduit presque entièrement et dit notamment : « Rien n'établit que la nation, pendant la Révolution, « ait entendu abdiquer le droit d'autoriser les aliénations de biens « domaniaux. Mais il y a plus : dans le système qui tend à dé- « pouiller aujourd'hui la nation de ce droit, on oublie que toute « difficulté, pour le présent, se trouve tranchée par l'article 35 « de la loi du 22 avril 1815, qui déclare formellement que « aucun domaine ne peut être aliéné ni échangé qu'en vertu « d'une loi. »

73. Les deux auteurs qu'il nous reste à citer sont MM. des Glajeux et Desjardins.

M. des Glajeux[2] combat l'opinion de M. Dufour en ce qui concerne l'interprétation par lui donnée aux lois de l'an V à l'an XII, mais il admet, comme M. Dalloz, la raison de décider que M. Dufour a cru trouver dans l'*Acte additionnel aux constitutions de l'Empire*.

« L'administration, dit-il en résumé, était autorisée par les « lois des 16 brumaire an V, 15 et 16 floréal an X et 5 ventôse

[1] *Répertoire de jurisprudence*, v° *Domaine de l'État*, n° 121.

[2] *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État* (mémoire couronné par la Faculté de droit de Paris), p. 204.

« an XII, à vendre les biens domaniaux sans recourir au pou-
« voir législatif. La seule formalité qui fût exigée, c'étaient les
« enchères. . . . . .
« Mais ce qui nous semble incontestable, c'est que, comme le
« soutient M. Dufour, l'article 35 de la loi du 22 avril 1815 a
« rétabli les vrais principes, lorsqu'il a dit : *Aucun domaine*
« *ne peut être aliéné ni échangé qu'en vertu d'une loi;* et le
« Conseil d'État lui-même l'a reconnu dans un arrêt du 6 mars
« 1835, où nous lisons : Une aliénation même par voie d'é-
« change ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi. »

Cet auteur reproduit ensuite le passage de M. Batbie, ci-dessous cité (n° 80), relatif à l'influence décisive de l'usage et du silence des Chambres, et il conclut en disant : « Les lois des
« 16 brumaire an V, 15 floréal an X et 5 ventôse an XII sont
« donc considérées, dans l'état actuel de la législation, comme
« conférant au gouvernement le droit d'aliéner les biens de
« l'État, et en vertu de ces lois, le gouvernement fait vendre
« aux enchères les immeubles, moins les forêts, qu'on ne juge
« pas à propos de conserver dans le domaine de l'État [1]. »

M. Desjardins est plus explicite dans la formule de son opinion qui est absolument la même que celle exprimée par M. Dufour; comme lui, il refuse d'admettre que l'article 8 de la loi de 1790 ait été abrogé par les lois de l'an V, de l'an X et de l'an XII; comme lui, il admet aussi l'argument tiré de l'acte du 22 avril 1815; enfin il proteste contre l'usage en disant : « L'administration des domaines, il est vrai, n'a pas accepté
« le joug de la loi du 22 avril 1815. M. Batbie est allé jusqu'à
« dire : « Il n'est pas possible de revenir sur ce long usage, et
« la discussion doctrinale n'est même plus autorisée. » Mais
« une loi, d'ailleurs conforme aux vrais principes constitution-
« nels, ne saurait être abrogée en France par le non-usage [1],
« et le silence même de la Chambre législative ne peut effacer
« le droit de la nation. »

Disons de suite, sans entrer davantage pour le moment dans la discussion, que nous admettons bien aussi que ce long usage ait été insuffisant pour abroger l'article 8 de la loi de 1790. Mais cet usage prouve que les lois de l'an X ont toujours été interprétées dans la pratique comme dérogeant au texte de

[1] *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État*, p. 464.

1790; et puisqu'il est de principe universellement admis que les lois s'interprètent par l'application qu'elles ont reçue, ce long usage, reconnu par tous, est à ce titre un puissant élément de décision, et telle nous paraît avoir été la pensée de M. Batbie dont nous rappelons ci-dessous les paroles (n° 80).

§ 2.

Système affirmatif de l'existence d'une délégation législative.

SOMMAIRE.

74. Ce système est suivi par la majorité des auteurs.
75. Opinion de MM. Macarel et Boulatignier.
76. Opinion de M. Foucart.
77. Opinion de M. Laferrière.
78. Opinion de M. Dareste.
79. Opinion de M. Cabantous.
80. Opinion de M. Batbie.
81. Opinion de M. Blanche.
82. Opinion de M. Block.
83. Même opinion adoptée dans notre *Cours de droit administratif*.

74. Il est incontestable que ce système, qui n'a pas rallié la majorité du Corps législatif dans le vote du 27 avril, avait pour lui, non-seulement la pratique constante de soixante années, mais encore le plus grand nombre des auteurs qui ont écrit sur le droit administratif.

75. MM. Macarel et Boulatignier[1], que M. Dufour s'est surtout attaché à réfuter, après avoir rapporté l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, s'expriment de la manière suivante :

« Ainsi, toute aliénation du domaine de l'État devait alors « avoir lieu en vertu d'un acte législatif; mais on s'écarta « bientôt de la rigueur de ce principe. Par suite de la mainmise « de l'État sur les biens des établissements publics, des émigrés « et des déportés, la nation se trouvait propriétaire d'une masse « d'immeubles qu'elle voulait aliéner. Dans les circonstances « politiques où se trouvait la France, on ne pouvait pas songer « à faire statuer par le législateur sur chaque aliénation; alors « furent rendues plusieurs lois, notamment celles des 16 bru- « maire an V, 15 et 16 floréal an X et 5 ventôse an XII, d'après

[1] *Traité de la fortune publique en France et de son administration*, t. Ier, p. 145 et 146, n° 73.

« lesquelles les fonds ruraux (moins toutefois les bois et les « forêts), les maisons, bâtiments et usines purent être vendus, « lorsque le gouvernement le jugea convenable, pourvu que « cette aliénation eût lieu par la voie des enchères. — Tel est « encore aujourd'hui l'état des choses. — Voici maintenant les « conditions générales sur la mise à prix et le payement.... »

76. M. Foucart[1] fait suivre l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 des observations suivantes :

« Si l'on s'en tenait à cette disposition, on devrait en con- « clure qu'il faut aujourd'hui une loi spéciale toutes les fois « que l'on veut vendre un bien dépendant des domaines de « l'État. Le contraire a lieu dans la pratique, et nous croyons « que c'est avec raison..... Il n'existe aucune restriction dans « la loi du 15 floréal de l'an X.....

« On oppose aussi l'article 35 de la loi du 22 avril 1815; mais « cette loi, qui avait sans doute la prétention de poser une « règle nouvelle, car sans cela elle aurait été inutile, est l'acte « additionnel aux constitutions de l'Empire, qui n'a pas sur- « vécu aux Cent Jours, de telle sorte qu'elle fournit un argu- « ment contre ceux qui l'invoquent. »

77. M. Laferrière[2] s'exprime comme suit : « En règle gé- « nérale, l'aliénation des biens de l'État ne peut avoir lieu « qu'en vertu d'une loi et aux enchères, avec publicité et con- « currence. Tel est le principe posé par les décrets de l'Assem- « blée constituante, au moment même où elle proclamait l'alié- « nabilité du domaine. — Dans l'état postérieur de la législation, « trois modifications ont été apportées pour des cas spéciaux, « et sont suivies dans le droit actuel. La première est relative « aux biens ruraux, maisons, bâtiments et usines de l'État : les « lois des 15 floréal an X et 5 ventôse an XII ont confirmé, « à cet égard, les formes prescrites par la loi du 16 brumaire « an V, qui consistent dans la mise aux enchères, mais sans « qu'il soit besoin de l'intervention législative. Ces formes « sont encore pratiquées par l'administration des domaines « pour les ventes de cette nature d'immeubles. »

78. M. Dareste[3] rappelle le principe posé par l'Assemblée constituante en 1790 et ajoute :

[1] *Éléments de droit publ. et admin.*, 4e édit., t. II, n° 813, p. 292 et 293.
[2] *Cours de droit public et administratif*, 5e édit., t. I, p. 561.
[3] *La justice administrative en France*, p. 303.

« Toutefois une loi spéciale n'est pas nécessaire pour « chaque aliénation, et on considère dans la pratique que les « lois des 16 brumaire an V, 15 floréal an X, 5 ventôse « an XII et 18 mai 1850, article 2, confèrent à l'administra- « tion, d'une manière générale, le droit d'aliéner les biens de « l'État dans certaines formes et à certaines conditions. »

79. M. Cabantous[1] constate également le principe posé par la loi de 1790, et ajoute ; « Aujourd'hui cette condition rigou- « reuse n'est imposée d'une manière absolue que pour « les aliénations par voie d'échange. Pour les autres aliéna- « tions, la règle primitive a été modifiée par les lois ulté- « rieures. C'est ainsi que les lois des 16 brumaire an V, 15 et « 16 floréal an X et 5 ventôse an XII autorisent à vendre les « biens domaniaux par la voie des enchères. »

80. M. Batbie[2] s'exprime ainsi qu'il suit :

« L'aliénation des biens meubles ou immeubles n'a pas be- « soin d'être autorisée par une loi spéciale. Il faut seulement « que la vente soit faite aux enchères. Il en est autrement de « l'échange qui n'est valable qu'autant que l'aliénation est per- « mise par une loi spéciale. »

Dans une autre publication[3], cet auteur dit en appréciant la pratique administrative et le long silence des Chambres sur ce point de droit ; « Il n'est pas possible de revenir sur ce long « usage, et la discussion doctrinale n'est même plus autorisée « depuis la loi du 18 mai 1850, art. 12. »

81. On lit aussi dans le *Dictionnaire général d'administration*[4] :

« Tous les domaines nationaux, à l'exception de ceux ré- « servés pour le service public et les forêts domaniales ré- « servées par des lois spéciales, peuvent être mis en vente (Loi du 16 brumaire an V; circ. 22 messidor an XI). »

82. On lit encore dans le *Dictionnaire de l'administration française*[5] :

[1] *Répétitions écrites sur le droit public et administratif*, 2e édit., p. 371, n° 245.

[2] *Précis de droit public et administratif*, IIe partie, sect. 1re, *L'État*.

[3] *Journal de droit administratif*, de M. Adolphe Chauveau, à Toulouse, t. II.

[4] *Dictionnaire général d'administration*, publié sous la direction de M. Blanche, conseiller d'État, v° *Domaine*, IV.

[5] *Dictionnaire de l'administration française*, publié sous la direction de M. Maurice Block, v° *Domaine*, p. 692.

« Au principe général édicté par l'Assemblée constituante, « la législation postérieure a apporté quelques exceptions. « Ainsi, aux termes de la loi du 16 brumaire an V et des lois « des 5 floréal an X et 5 ventôse an XII, les biens ruraux, « maisons, bâtiments et usines de l'État peuvent être vendus « aux enchères sans le concours de la législature. »

83. Enfin, nous avons nous-même, dans une publication antérieure[1], adopté le même système, et nous demandons, malgré le vote du 27 avril, la permission de persister à penser que ce système, soutenu avec une grande force par les orateurs du gouvernement au sein du Corps législatif, donne à la législation antérieure à la loi du 14 mai 1864 l'interprétation la plus exacte.

C'est à cette démonstration que la section suivante est consacrée.

SECTION IV.

Discussion et solution de la controverse.

SOMMAIRE.

84. Formule du système considéré par nous comme étant celui de la législation.
85. Intérêt actuel, même sous l'empire de la loi nouvelle, au choix de la solution.
86. Division de la section en cinq paragraphes.

84. Les lois des 15 et 16 floréal de l'an X ont conféré au pouvoir exécutif une délégation générale du droit de vendre directement, sans autorisation législative spéciale, tous les biens domaniaux ruraux et urbains. Telle est la formule la plus exacte du système que nous croyons être celui de la législation jusqu'à la loi du 14 mai 1864. C'est aussi dans ces termes que cette prétention a été soutenue par les ministres au sein du Corps législatif. La question ainsi posée donne aux lois de l'an X la place exceptionnelle qui leur appartient dans cette controverse, dont elles forment le siége principal.

85. Même sous l'empire de la nouvelle loi, il est essentiel d'être fixé sur la portée véritable de la législation antérieure. Il s'y attache un triple intérêt historique, doctrinal et pratique;

[1] *Cours de droit administratif*, 2e édit., 1863, p. 398.

nous verrons dans le chapitre suivant (nos 143 à 156) les conséquences diverses, qui, pour l'interprétation et l'application de la nouvelle loi, résultent de l'interprétation à donner à la législation antérieure.

86. Nous diviserons cette section en cinq paragraphes.

Dans le premier paragraphe, nous rappellerons certaines considérations qui, rapprochées des textes, expliquent et justifient la délégation législative.

Dans le second paragraphe, nous déduirons des lois de l'an X les preuves principales de la délégation législative du droit de vendre directement les biens ruraux et urbains du domaine de l'État.

Dans le troisième paragraphe, nous discuterons la plupart des objections produites en dehors des lois de l'an X, et nous établirons certaines preuves secondaires de la délégation législative.

Dans le quatrième paragraphe, nous discuterons les dispositions de la loi du 18 mai 1850, pour en tirer la preuve d'une confirmation législative de l'interprétation que tous les gouvernements ont donnée aux lois de l'an X.

Enfin le cinquième paragraphe contiendra la conclusion.

§ 1er.

Considérations préalables.

SOMMAIRE.

87. Ces considérations sont au nombre de quatre.
88. Grave influence de ces considérations sur l'interprétation des lois des 15 et 16 floréal de l'an X.

87. Avant de rechercher dans les textes eux-mêmes la portée qui leur appartient, il convient de rappeler les quatre considérations suivantes reposant sur des textes déjà cités et sur des règles précédemment établies dans le cours de ce travail :

1° Que les biens du domaine de l'État sont destinés à être aliénés d'après l'esprit du nouveau droit public de la France en matière de domanialité; qu'il est désirable qu'ils rentrent dans la circulation, et qu'ils soient livrés, pour le plus grand intérêt de tous, à l'action plus énergique et plus féconde de la propriété privée (V. le n° 27);

2° Que les formes de l'adjudication publique aux enchères protégent l'État contre le danger des malversations (nos 32 et 46);

3° Que le pouvoir législatif conserve un droit absolu et souverain de disposition sur les fonds provenant de la vente; que chaque année, on lui dit ce qu'on aliénera, on lui dit ce que produisent les ventes; que chaque année, il constate l'existence des ressources provenant des ventes et en détermine souverainement l'emploi (nos 5 et 47); toutes règles qui démontrent combien est erroné le reproche formulé par M. Dufour et consistant à dire, que le pouvoir de vendre fournirait au gouvernement un moyen commode de se procurer des fonds sans l'agrément du Corps législatif.

4° Que, depuis 1789 jusqu'en l'an X, des lois nombreuses se sont succédé pour déléguer au gouvernement le droit de vendre des masses considérables d'immeubles domaniaux jusqu'à concurrence de sommes déterminées par chacune de ces lois (nos 52 à 57).

88. C'est au milieu de cet ensemble d'idées économiques, de règles administratives et constitutionnelles, de faits historiques, qu'il faut se placer pour apprécier exactement la portée des deux lois du 15 et du 16 floréal de l'an X. On comprend que le législateur, en face de ventes qui ne présentaient aucun danger pour la chose publique, qui étaient même utiles et désirables, ait, au cours de ces délégations successives, consenti au sein d'une époque plus calme, pendant les beaux et grands jours du Consulat, une délégation plus générale au profit d'un gouvernement fort et respecté.

§ 2.

Preuves principales d'une délégation législative, déduites des lois des 15 et 16 floréal de l'an X.

SOMMAIRE.

89. Absence de limite fixée dans ces lois, contrairement aux lois antérieures; c'est une autorisation et un ordre d'aliénation incessante par ventes.
90. Quatre objections.
91. Les deux premières sont contradictoires.
92. Les discours prononcés au Corps législatif lors du vote des lois de l'an X indiquent une délégation normale et permanente.
93. Circulaire du directeur des domaines du 22 messidor an XI, relative à l'exécution des lois de floréal an X.

94. Ces documents sont décisifs.
95. Réfutation de la troisième objection consistant à dire que ces lois ne s'appliqueraient qu'aux biens nationaux provenant de la mainmise révolutionnaire.
96. Réfutation tirée de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII et de la jurisprudence.
97. Réfutation tirée des lois de 1818 et de 1850, répondant à la troisième et à la quatrième objection.

89. Dans les lois de l'an X (V. leur texte n° 58), on ne rencontre plus comme dans les lois antérieures (rapportées n°s 51 à 57), la détermination d'une somme que les ventes doivent atteindre.

C'est l'aliénation incessante et sans limite des biens ruraux et des biens urbains possédés par la nation qui est ordonnée par ces lois, pour que le prix tombe dans les ressources de l'État.

En vendant pendant plus d'un demi-siècle des biens domaniaux, sans autre autorisation législative, les gouvernements qui se sont succédé n'ont fait qu'exécuter les prescriptions de ces deux lois.

90. On a objecté que ces lois de l'an X déterminaient le mode de vente sans parler du droit de l'effectuer.

On a objecté en second lieu que le rapport, fait au Corps législatif dans la séance du 15 floréal an X, évaluait à 277,400,000 francs les domaines ruraux, et les bâtiments et usines à 8,500,000 francs seulement; qu'il était dit dans ce même rapport « que la loi, en rendant à la circulation des immeubles qui en étaient distraits, permettrait de compléter le budget de l'année et d'enrichir la dette publique de la perspective d'un versement de 70 millions dans la caisse d'amortissement. »

On a objecté en troisième lieu que ces lois ne s'appliquaient qu'aux biens devenus *nationaux* en vertu de la mainmise révolutionaire.

On ajoutait enfin que ces lois étaient transitoires, dues à des événements passagers, et qu'elles n'avaient rien de permanent.

91. Les deux premières objections sont contradictoires; car, si les chiffres indiqués dans le rapport ont une signification analogue à celle des chiffres *maxima* insérés dans les lois antérieures, il faut admettre que la loi du 15 floréal de l'an X investit le gouvernement du droit de vendre ces 277 millions de

biens ruraux, et la loi du 16 les 9 millions de biens urbains. Mais, en admettant des évaluations exactes, en tenant compte de la valeur du temps, il est bien certain : d'une part, que ces chiffres n'indiquent pas une limite du droit de vendre, puisqu'il s'agit de vendre sans distinction tous les biens ruraux et tous les biens urbains; et, d'autre part, que cette limite n'a pas trouvé place, contrairement aux lois antérieures, dans le texte des lois de l'an X.

92. Il y a du reste des documents qui prouvent que le législateur de l'an X a entendu prescrire une fois pour toutes la vente de tout ce qui restait et de tout ce qui adviendrait de biens domaniaux, comme une mesure normale et permanente, sans caractère transitoire.

A la séance du Corps législatif du 15 floréal an X, l'orateur du tribunat expose ainsi qu'il suit les motifs d'adoption :

« Tels sont, citoyens législateurs, les rapports sous lesquels « le tribunat a envisagé ce projet sur lequel vous avez à pro- « noncer. Il y a vu de l'utilité pour la République qui veut « aliéner. Elle vend en valeur certaine et fixe, elle rend elle- « même ses rentrées plus certaines et les payements plus assurés « par les facilités qu'elle donne aux acquéreurs. Elle con- « duit à son terme cette grande opération des ventes, aux- « quelles les circonstances deviennent si favorables, pour me « servir des expressions du ministre des finances. Elle rend à « la circulation des immeubles qui en étaient distraits, aux « contributions une matière imposable. D'aussi puissantes con- « sidérations ont déterminé le vœu d'adoption que le tribunat « dont je suis l'organe nous a chargés de vous exprimer. »

A la séance du 16 floréal, M. Trouvé, législateur, tient le langage suivant :

« L'article 2 fait cesser toutes les variations et les incertitudes « que présentent les lois rendues depuis l'Assemblée consti- « tuante sur l'aliénation des maisons et usines. Il est politique « de débarrasser l'État, à un prix raisonnable, de propriétés « souvent aussi onéreuses par les réparations que par le défaut « de produits. L'encouragement donné à l'industrie compensera « sans doute l'infériorité de la mise à prix des usines compa- « rées avec les autres biens ruraux. »

Ainsi, au moment de la présentation et du vote de ces lois, elles sont expliquées comme un ordre général, en vertu duquel

les ministres des finances devront procéder à la vente de tous biens présents et à venir du domaine de l'État.

93. Enfin ce caractère de généralité, ainsi accusé par les discours qui ont précédé le vote des deux lois, est encore attesté par les actes d'exécution qui l'ont suivi. C'est ce qui résulte de la manière la plus incontestable de la circulaire suivante adressée aux directeurs des domaines par M. le comte Duchâtel, directeur général.

Paris, le 22 messidor an XI de la République.

« Le gouvernement, citoyen, voit avec peine qu'il y a de la « lenteur dans l'exécution des lois des 15 et 16 floréal an X, « sur la vente des domaines nationaux.

« Plusieurs préfets, auxquels le ministre des finances a écrit « à ce sujet, lui ont observé que la mise en vente était entravée « par les doutes des directeurs des domaines sur les réserves « ou par le retard qu'ils apportent à former les affiches indi- « catives des adjudications.

« Ce dernier reproche serait sans excuse s'il était fondé; « j'aime mieux croire que l'inactivité des ventes résulte uni- « quement de l'incertitude relative aux réserves ordonnées par « plusieurs lois et arrêtés.

« Pour lever tous les doutes à cet égard je vous observe, que « tous les biens actuellement sous la main de la nation sont « susceptibles d'être vendus, aux seules exceptions ci-après;

« 1° Les biens désignés par les préfets dans les états qu'ils « ont envoyés au ministre des finances, en exécution de l'ar- « ticle 11 de la loi du 30 ventôse an IX;

« 2° Ceux affectés à un service public;

« 3° Les biens provenant des fabriques, les églises et pres- « bytères, jusqu'à la nouvelle circonscription des paroisses et « succursales;

« 4° Les biens des colléges anglais, irlandais et écossais « réunis ensemble par arrêtés du Gouvernement des 24 ven- « démiaire dernier et 3 de ce mois, et même ceux desdits « biens qui ont été aliénés, mais dont les acquéreurs ont en- « couru la déchéance absolue, faute par eux d'avoir rempli les « conditions de leurs contrats;

« 5° Enfin les biens susceptibles d'être restitués à des émi- « grés dont l'amnistie vous sera connue.

« Vous devez donc faire mettre en vente, sans jamais y ap-
« porter aucun retard, tous les biens non compris dans les ex-
« ceptions ci-dessus, faire procéder avec la plus grande célé-
« rité aux affiches, et vous concerter avec le préfet de votre
« département, pour lever tous les obstacles qui pourraient
« s'opposer à l'activité des ventes, etc... »

94. Voilà comment étaient interprétées et exécutées les lois des 15 et 16 floréal an X, au lendemain de leur promulgation, par le gouvernement qui les avait proposées, et sous les yeux du Tribunat qui les avait élaborées, du Corps législatif qui les avait votées ! Tous les domaines, moins les réserves, devaient être mis administrativement en vente, sans nouvelle intervention législative, et en vertu des lois de l'an X.

Ces documents nous paraissent décisifs.

95. Il est impossible de s'arrêter à l'objection tirée de ce que ces lois, employant l'expression de *domaines nationaux*, ne s'appliqueraient qu'aux biens confisqués en vertu des lois de 1792 et 1793.

Il suffirait de répondre que l'article 1er de la loi du 15 floréal porte : « la vente des biens ruraux *appartenant à la nation*, » expressions parfaitement exclusives de toute distinction relative à l'origine des biens et qui expliqueraient, s'il en était besoin, les termes employés dans les autres articles. Aussi M. Gaudry[1] constate-t-il avec soin que « les deux lois des 15
« et 16 floréal de l'an X sont applicables, non-seulement aux
« biens dits nationaux, mais à tous les biens appartenant à la
« nation, c'est-à-dire au véritable domaine de l'État. »

96. En outre, nul ne conteste que ces mots *domaines nationaux* n'aient à la fois le sens restreint que l'on indique, et un sens général d'après lequel cette expression embrasse tous les biens appartenant à l'État à un titre quelconque. Or ces mots se trouvent dans la grande loi d'organisation administrative du 28 pluviôse de l'an VIII[2], et nous avons dit (n° 34) qu'une jurisprudence constante du Conseil d'État considère les conseils de préfecture comme investis par ce texte de la connaissance des litiges élevés entre l'État et les acquéreurs, relativement à

[1] *Traité du domaine*, t. III, p. 18.
[2] Article 4, § 7, portant :
« Le conseil de préfecture prononcera : . . . . . .
« 7° Sur le contentieux des domaines nationaux. »

l'interprétation ou à l'exécution des ventes domaniales actuellement opérées. Donc, et à plus forte raison par suite des autres expressions qui s'y trouvent, les lois de l'an X doivent être interprétées comme celle de l'an VIII.

97. Il faut remarquer enfin que les lois de 1818 et de 1850, dont il sera plus amplement parlé ci-dessous (nos 109, 112, 113 et 115), réfutent aussi l'objection tirée de l'expression *domaines nationaux*, que ces lois emploient elles-mêmes ; elles réfutent également l'objection tirée du prétendu caractère transitoire des lois de l'an X, que celle de 1850 maintient et confirme expressément.

§ 3.

Objections réfutées et preuves secondaires de l'existence de la délégation législative.

SOMMAIRE.

98. Objet de ce paragraphe.
1° Loi du 5 ventôse de l'an XII.
99. Objection tirée de l'article 107 de cette loi.
100. Réfutation; le Piémont n'était pas annexé en floréal an X.
101. Suite; conditions spéciales de ces ventes au delà des Alpes.
102. Suite; argument tiré de l'article 105 de la même loi.
2° Loi du 16 septembre 1807.
103. Objection tirée de l'article 41 de cette loi; réfutation.
3° Loi du 22 avril 1815.
104. Objection tirée de l'article 35 de cette loi; réfutation et argument qui en découle.
4° Arrêt du conseil du 6 mars 1835.
105. Observations générales.
106. Observations déduites du texte de l'arrêt, dont la doctrine est étrangère au point de droit controversé.
107. Impossibilité de concilier cette décision, dans le système contraire, avec les événements contemporains de 1835.
5° Rapport de M. Dumon en 1843.
108. Objection et réfutation.
6° Loi du 15 mai 1818.
109. Argument tiré, en faveur de la délégation législative, des articles 95 et 96 de cette loi.

98. La démonstration de la délégation législative contenue dans les lois de l'an X, serait compléte par les preuves principales que nous venons de déduire du texte même des lois de l'an X, de l'histoire de leur préparation et de celle de leur application immédiate, s'il n'était nécessaire de repousser

divers arguments déduits de circonstances diverses, et qui d'ailleurs font jaillir, en faveur de l'interprétation que nous donnons aux lois de l'an X, de nouvelles preuves d'une importance très-réelle quoique secondaire.

1° Loi du 5 ventôse an XII.

99. On a objecté que si les lois de l'an X avaient la portée que nous venons de leur reconnaître, il n'eût pas été nécessaire, deux ans après, de déléguer au gouvernement le droit de vendre pour 40 millions de biens domaniaux dans les départements au delà des Alpes, par l'article 107 de la loi du 5 ventôse de l'an XII.

100. Mais en premier lieu, cet article 107 de la loi de l'an XII (ci-dessus rapporté n° 59) a pu être jugé nécessaire, parce que, au moment où la loi du 15 floréal an X est intervenue, le Piémont n'était pas annexé à la France et ne le fut qu'en fructidor, quatre mois après.

101. En second lieu, cette vente se produisait dans des conditions toutes spéciales, avec une affectation particulière et un mode de payement particulier. M. Rouher, ministre d'État, a fait observer « qu'il s'agissait d'utiliser les rentes piémontaises, qui devaient être appelées à achever le payement de ces biens domaniaux; que c'est là un cas particulier tout spécial; que ce sont des conditions anormales, parfaitement étrangères au principe général de délégation établi dans les lois de l'an X. »

102. En troisième lieu, cette disposition, relative aux départements de l'ancien Piémont n'était qu'un point secondaire dans cette loi de l'an XII qui forme l'une de nos premières et de nos plus grandes lois d'organisation financière; elle consacrait un titre spécial, le titre 7, à *la vente des domaines nationaux*; or les dispositions de ce titre, et surtout celles de l'article 105[1], ne s'expliquent que dans le système des lois de l'an X, telles que nous les interprétons, c'est-à-dire dans un système de ventes générales et successives des biens domaniaux, réalisées par le gouvernement en dehors de toute nécessité particulière, à

[1] Voici le texte de cet article :

« A compter de la publication de la présente loi, la première mise à prix « des domaines nationaux qui seront mis en vente sera fixée à vingt an- « nées de revenu pour les biens ruraux et à douze années pour les maisons, « bâtiments, etc.

titre de ressources ordinaires de l'État, et sans intervention législative.

2° Loi du 16 septembre 1807.

103. Dans l'ordre d'idées déjà déduit de l'article 107 de la loi de l'an XII, on oppose aussi l'article 41 de la loi de 1807 (reproduit n° 31), qui délègue au gouvernement le droit de *concéder* certaines portions du domaine.

Nous commenterons ce texte n°s 225 à 234; il suffit de rappeler ici :

1° Les principes ci-dessus établis d'après lesquels la vente et la concession sont des modes d'aliénations domaniales complétement différents, suivant des règles opposées et présentant des caractères dissemblables, de sorte que les lois de l'an X ne s'appliquent qu'aux ventes, et celle de 1807 qu'aux concessions;

2° Les garanties de publicité et de concurrence qu'offrent les ventes par adjudication, et que ne présentent ni l'échange, ni la concession qui peut se produire même gratuitement; différences qui justifient une délégation plus large pour vendre que pour concéder, et permettraient de critiquer la loi de 1807 en approuvant celles de l'an X telles que nous les interprétons.

3° Loi du 22 avril 1815.

104. On a vu (n°s 71 à 73) que M. Dufour, et les auteurs qui l'ont suivi, s'étaient laissé entraîner à dire que l'article 35[1] de ce document tranchait la question dans notre droit actuel et résolvait la controverse.

Déjà nous avions répondu ailleurs, avec M. Foucart, qu'il ne s'agissait pas là d'une loi en vigueur, mais de *l'acte additionnel aux constitutions de l'Empire,* lequel n'a pas survécu aux événements douloureux pour le patriotisme français, qui ont mis fin à la courte période des Cent Jours. Aussi n'est ce qu'avec

[1] Voici ce texte :

« Art. 35. — Aucun impôt direct ou indirect, en argent ou en nature, ne « peut être perçu, aucun emprunt ne peut avoir lieu, aucune inscription de « créance au grand-livre de la dette publique ne peut être faite, *aucun do-* « *maine ne peut être aliéné ni échangé,* aucune levée d'hommes pour l'armée « ne peut être ordonnée, aucune portion du territoire ne peut être échangée, « *qu'en vertu d'une loi.* »

bien plus de réserve que cet argument a été produit le 27 avril 1864 au sein du Corps législatif.

On peut d'ailleurs retourner l'argument et dire que ce texte n'était nécessaire en 1815 que pour établir un état de choses qui n'existait pas auparavant.

4° Arrêt du conseil du 6 mars 1835.

105. Cette décision[1] a été opposée avec beaucoup de confiance contre l'interprétation donnée aux lois de l'an X dans le sens d'une délégation.

Il faut rappeler d'abord que les décisions du Conseil d'État rendues au contentieux n'ont d'autorité, comme les arrêts de la Cour de cassation et des Cours impériales, que dans les limites de la chose jugée; et si le Conseil s'était prononcé dans le sens qu'on lui prête, on pourrait doctrinalement se borner à dire que dans cette espèce isolée le Conseil d'État s'est trompé et que dans une autre affaire il eut pu juger autrement.

On pourrait observer en outre que la partie de l'arrêt invoquée par le système contraire se trouve, non dans le dispositif, mais dans les considérants qui toujours ont beaucoup moins d'autorité.

106. Mais ces considérants eux-mêmes, qu'il est bon de connaître en entier ainsi que le dispositif[2], n'ont pas la portée qu'on leur donne. Un domaine appartenant à l'État avait été affecté, dans le département de la Dordogne, à l'établissement

[1] Ministre des finances contre le département de la Dordogne (*Recueil des arrêts du conseil*, t. V, 2e série, année 1835, p. 203).

[2] « *En ce qui concerne les terrains de Saint-Benoît et de Sainte-Claire :* « considérant que la loi spéciale du 4 fructidor an VI ne contient en faveur « du département aucune aliénation de la propriété desdits terrains; — « considérant que les autres actes émanés du gouvernement, tels que l'ap- « probation administrative donnée à la conversion desdits terrains en une « pépinière départementale et en une bergerie, et à leur location, et les « ordonnances des 6 mars et 20 août 1828 n'ont point effectué non plus « l'aliénation de totalité ni de partie desdits terrains; qu'une telle aliéna- « tion, même par voie d'échange, n'aurait pu avoir lieu qu'en vertu d'une « loi; — considérant qu'ainsi il n'a été fait aucune *concession* de la pro- « priété de ces mêmes terrains, et qu'il n'appartient qu'à nous, sur le rap- « port de nos ministres, de confirmer, révoquer ou modifier les affectations « qui ont été successivement faites; . . . . . art. 4. Il est déclaré, quant « aux terrains, que, ni par la loi spéciale du 3 fructidor an VI, ni par les « actes administratifs postérieurs, les terrains dont il s'agit n'ont été donnés « ni aliénés au département de la Dordogne. »

d'une pépinière et d'une bergerie départementales par voie d'ordonnance royale, gratuitement et sans aucune des conditions d'application des lois de l'an X. Dans cette situation le Conseil d'État décide que cet abandon gratuit n'a pu emporter aliénation au profit du département, parce qu'une loi eût été nécessaire, même pour opérer un échange entre l'État et le département; et dans l'espèce il s'agissait de *concession*.

Ainsi cet arrêt est complétement en dehors de la question des *ventes* domaniales, et l'approbation sans réserve de sa doctrine résulte des principes établis plus haut.

107. Oublie-t-on d'ailleurs que le Conseil d'État sous la Charte de 1830, comme sous la Constitution du 14 janvier 1852, ne faisait que préparer l'exercice de la justice *retenue* par le pouvoir exécutif, et quelle vraisemblance que le Conseil d'État en 1835 ait posé en thèse dans une des ordonnances qu'il proposait, la nécessité d'une loi spéciale pour les ventes de biens domaniaux, alors qu'au même moment le gouvernement réalisait ces ventes pour plus de 2 millions sans intervention législative! Quelle vraisemblance que le ministre des finances, partie dans ce débat contentieux, ait laissé l'approbation royale consacrer une doctrine qui aurait été la condamnation des actes du gouvernement du roi! (V. n° 65.) Comment d'ailleurs, après une telle décision, le même gouvernement aurait-il continué, de 1836 à 1848, à procéder aux ventes domaniales sans intervention législative?

5e Rapport de M. Dumon, à la Chambre des députés en 1842.

108. On remarquera que la phrase[1] extraite du rapport de

[1] Voici cet extrait :

« Pour bien des décisions spéciales qui sont législatives de leur nature, « l'intervention lente et solennelle de la loi se concilierait malaisément avec « la rapidité obligée du mouvement des affaires, et, sous peine d'arrêter le « cours des transactions les plus utiles, le législateur a dû faire au gouver- « nement des délégations nombreuses. Citons rapidement quelques exemples « pris au hasard dans toutes les parties de notre législation. L'autorisation « d'emprunter ne peut être donnée que par la loi aux communes qui ont « plus de 100,000 francs de revenus, une ordonnance suffit pour les com- « munes moins riches; le domaine de l'État ne peut être aliéné que par « une loi (loi des 22 novembre-1er décembre 1790, art. 8), mais les relais « de mer, l'endiguement et l'atterrissement des fleuves formant propriété « domaniale, peuvent être aliénés par ordonnance. »

M. Dumon, sur un projet de loi relatif à l'organisation du Conseil d'Etat, n'est nullement relative à l'objet même du projet de loi; elle n'a d'autre portée que celle d'une observation faite en passant, ce qui explique la manière superficielle dont ce point de droit est indiqué. Il est permis de l'apprécier ainsi, puisque les lois de l'an X qui forment le siége de la question, ni les autres lois de délégation, n'y sont mentionnées.

M. Dumon, sur ce point, est encore moins explicite que M. de Cormenin, dans le passage de cet auteur cité n° 69.

Cette observation du rapport de 1843, dans de pareilles conditions, ne saurait avoir d'autre autorité que celle de l'opinion personnelle de son auteur, réduite à une simple indication sans examen des éléments de la question.

6° Loi du 15 mai 1818.

109. La loi sur les finances du 15 mai 1818, contient un titre X relatif au *domaine extraordinaire*[1]. Ce domaine, constitué par le sénatus-consulte du 30 janvier 1810 avec les domaines et biens mobiliers acquis par conquêtes ou traités, ne représentait pas moins de 200 millions même en 1818. La loi du 15 mai l'incorpore au domaine de l'État (art. 95), et elle décide (art. 96) qu'immédiatement les biens-fonds et maisons libres provenant de ce domaine, seront vendus « par la régie des de- « maines en la forme usitée pour l'aliénation des domaines « nationaux. » Ainsi du moment où le domaine extraordinaire entre dans le domaine de l'État, il est remis en vertu même de cette assimilation à la régie pour être vendu par elle, sans loi spéciale, et même sans décret d'autorisation. Ce fait et ces textes supposent chez le législateur de 1818 la reconnaissance de cette vérité, que déjà l'administration était investie d'une manière générale, en vertu d'une délégation législative, du droit de vendre « les biens-fonds et maisons » du domaine de l'État.

[1] En voici le texte :

« Art. 95. — Le domaine extraordinaire fait partie du domaine de l'État. « Les dotations et majorats qui, en vertu de leur concession, sont réversibles « au domaine extraordinaire feront, dans les cas prévus par les statuts et « décrets, retour au domaine de l'État. . . . . .

« Art. 96. — La régie poursuivra le recouvrement des créances du do- « maine extraordinaire, elle en percevra les revenus et elle mettra en vente, « en la forme usitée pour l'aliénation des domaines nationaux, les biens- « fonds et maisons non affectés à des dotations. . . . . »

§ 4.

Preuve d'une confirmation législative de l'interprétation gouvernementale des lois de l'an X, déduite de la loi du 18 mai 1850.

SOMMAIRE.

110. Différences et affinités entre les articles 12 et 4 de cette loi, sous le rapport de leur place dans cette controverse.
1° Article 12.
111. Texte et objet de cet article.
112. Preuve résultant du § 1er.
113. Preuve résultant du § 2.
114. Démonstration de la confirmation législative donnée par cette loi à l'interprétation que le pouvoir exécutif attribuait aux lois de l'an X.
115. Supplément de réfutation à l'objection tirée des mots *domaines nationaux* des lois de l'an X.
2° Article 4.
116. Objet de cet article ; texte; rapport de M. Gouin au nom de la commission de 1850.
117. La commission de 1864 et M. de Voize, rapporteur, considèrent cette disposition comme étant encore en vigueur.
118. Cette croyance paraît dominer tout le débat du 27 avril 1864.
119. Incident à la fin de la discussion; M. Berryer soutient que ce texte n'est pas abrogé.
120. Il est certainement abrogé par le décret du 24 mars 1852.
121. C'est un décret-loi ou décret législatif.
122. L'affectation d'un immeuble domanial à un service public a lieu depuis 1852 par décrets impériaux, conformément aux prescriptions de l'ordonnance réglementaire du 14 juin 1833.
123. Critique de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850.
124. Ce texte, même envisagé historiquement, et au point de vue des idées du législateur de 1850, n'implique pas chez lui la pensée de la nécessité d'une loi pour opérer les ventes domaniales.
125. Les mots *aliénation temporaire* n'empêchent pas que le point de vue indiqué ne soit très-réellement celui du législateur de 1850.
126. L'argumentation tirée de l'article 12, loin d'être ébranlée, est confirmée par l'article 4.
127. Paroles de M. Rouland, ministre présidant le Conseil d'État.

110. Dans cette controverse deux articles de la loi de finances du 18 mai 1850, les articles 12 et 4, ont été invoqués, le premier, à titre d'argument à l'appui de l'interprétation donnée par la pratique gouvernementale toujours suivie en matière de ventes domaniales, le second à l'appui du système contraire.

Nous allons examiner successivement ces deux textes.

Tous les deux, l'un directement, l'autre indirectement, attestent l'existence d'une délégation législative.

1° Argument tiré de l'article 12.

111. Les lois des 15 et 16 floréal an X contenaient une disposition d'après laquelle les intérêts du prix des ventes domaniales ne couraient qu'à dater de trois mois après l'adjudication. Cette disposition si favorable aux acheteurs de biens domaniaux, et qui faisait perdre à l'État trois mois d'intérêts, s'expliquait par la rareté du numéraire au sortir de la tourmente révolutionnaire et par le vif désir du législateur d'activer les ventes domaniales. En 1850, ces raisons avaient, ou disparu complétement en ce qui concerne la première, ou bien perdu de leur force en ce qui concerne la seconde. Aussi la loi du 18 mai, dans son article 12 [1], décide-t-elle que désormais les intérêts du prix d'adjudication courront à la charge des acquéreurs de domaines nationaux, à partir de l'entrée en possession, laquelle a lieu généralement au jour même de l'adjudication (*Voir* n°s 35 et 38).

112. Ainsi le § 1er de l'article 12 prouve que le législateur de 1850 n'a pas considéré les lois de l'an X comme des lois transitoires et temporaires faites pour une situation exceptionnelle, puisqu'il constate que leurs dispositions s'appliquent encore, et qu'il écrit un texte positif pour abroger l'une d'elles.

113. Il y a plus; le § 2 du même article dispose que ces deux lois *continueront d'être exécutées* en ce qui n'est pas contraire au présent article. Ces lois de l'an X sont donc des lois fondamentales de la matière, toujours en vigueur, toujours exécutées. Tel est le caractère de ces lois, incontestablement reconnu et consacré par le législateur de 1850.

114. En ce qui concerne la délégation que nous prétendons résulter de ces deux lois, comment mettre en doute que le législateur de 1850 ne l'ait pas implicitement admise, formulée de nouveau et maintenue par ce § 2, lorsqu'on voit que dans le cours de cette même année 1850 l'administration

[1] Cet article porte :

« A compter de la publication de la présente loi, le prix des adjudications « des domaines nationaux qui seront mis en vente sera payable, avec intérêts à partir de l'entrée en possession de l'acquéreur, de la manière et « dans les délais qui seront fixés par un cahier des charges approuvé par le « ministre des finances.

« Les lois des 15 et 16 floréal an X continueront d'être exécutées en tout « ce qui n'est pas contraire au présent article. »

des domaines a vendu, sans loi spéciale, pour 791,000 francs de biens domaniaux? que l'année précédente elle en avait vendu pour 715,000 francs, à des époques où la propriété foncière était loin d'avoir autant de valeur qu'aujourd'hui?

Nous avons vu que chaque année amenait invariablement un certain nombre de ces ventes, toutes faites administrativement, en exécution des lois de l'an X; le législateur de 1850 pouvait-il l'ignorer? Lorsqu'il ordonnait de *continuer à exécuter* ces deux lois, pouvait-il avoir en vue une exécution de ces lois autre que celle qui, d'après une pratique constante, avait lieu sous ses yeux mêmes, c'est-à-dire une exécution conforme à l'interprétation, exacte ou non, qui voyait une délégation dans les lois de l'an X? Comment en douter encore lorsqu'on trouve dans cette même loi de finances du 18 mai 1850, au budget des recettes, que le ministre des finances faisait figurer une somme de 964,000 francs, à provenir d'immeubles de cette nature qu'il pouvait être appelé à vendre dans le cours de l'année? Il s'agissait, non d'immeubles déterminés, mais d'immeubles quelconques du domaine de l'État cessant d'être affectés à des services publics, et pour lesquels on ne demandait à l'Assemblée aucune espèce d'autorisation préalable.

115. Enfin cette disposition contribue encore à faire justice de l'objection déduite de l'expression de *domaines nationaux*, écrite dans les lois de l'an X. La même expression se retrouve dans l'article 12 de la loi de 1850, de bien longues années après la liquidation définitive des biens *nationalisés* en 1792! Ces termes embrassent donc tous les biens du domaine de l'État, sans distinction de provenance et d'origine, et le législateur, en maintenant les lois de l'an X, reconnaît que ces lois avaient la même portée.

2° Argument tiré de l'article 4.

116. En 1850, l'Assemblée législative, en vertu de l'initiative parlementaire qui lui appartenait dans la confection des lois d'après la constitution du 4 novembre 1848, introduisit dans cette même loi de finances du 18 mai une disposition qui exigeait une loi pour opérer l'affectation d'un immeuble national à un service public.

Cette disposition forme l'article 4 de la loi et se trouve expliquée dans le rapport de la commission, présenté par

M. Gouin[1], dans des termes qui ont paru à la majorité de la commission du Corps législatif de 1864, fournir un argument précieux en faveur de l'intervention du pouvoir législatif en matière de vente domaniale.

Nous ne pouvons partager cette manière de voir.

117. Il faut observer d'abord que le premier rapport de la commission du Corps législatif, présenté par M. de Voize, et inséré au *Moniteur* du 12 mai 1864, considère cet article 4 de la loi du 18 mai 1850 comme étant toujours en vigueur. C'est ainsi que le rapport de 1864, après avoir cité celui de 1850 et le texte de l'article 4 de la loi du 18 mai, s'écrie :

« On pourrait admettre qu'une simple décision administra-
« tive suffira pour une aliénation perpétuelle, tandis qu'une loi
« sera obligatoire pour une simple affectation temporaire! —
« La majorité de votre commission n'a pu le penser... »

A la séance du Corps législatif du 27 avril, M. de Voize, en ouvrant la discussion par un habile exposé des consciencieux travaux et des savantes recherches de la commission dont il était le rapporteur, reproduit la même idée[2].

[1] Voici ce passage du rapport de M. Gouin, suivi du texte de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 :

« La commission a encore porté son attention sur une lacune que pré-
« sente cette législation en ce qui concerne l'affectation d'un immeuble na-
« tional à un service public. Jusqu'à ce jour, ces sortes d'affectations n'ont
« été soumises à aucune sanction ou autorisation législative; elles ont eu
« lieu par une simple décision de l'administration, et elles ne sont pas tou-
« jours justifiées par un besoin d'intérêt général; ces affectations une fois
« admises ne cessent que difficilement et constituent une sorte d'aliénation
« temporaire.

« Nous pensons qu'il y a utilité à faire intervenir dans cette circonstance
« l'autorité législative; les propositions de l'administration devant être
« soumises à ce contrôle, seront mieux étudiées et mieux motivées; ce
« sera une amélioration dans la conservation ou l'emploi de la fortune pu-
« blique.

« Dans ce but, d'accord avec M. le ministre des finances, nous vous pro-
« posons un article additionnel ainsi conçu :

« *A l'avenir, l'affectation d'un immeuble national à un service public ne*
« *pourra être faite que par une loi.* »

[2] Voici ce passage du discours de M. de Voize, d'après le *Moniteur* du 28 avril 1864, p. 571, 4e colonne :

« Eh bien! Messieurs, s'il faut une loi pour une simple affectation, parce
« qu'elle peut devenir une aliénation temporaire, ne doit-on pas, par un
« simple raisonnement à *fortiori*, en conclure que la loi est nécessaire

118. Cette croyance à l'existence actuelle, dans le dernier état de notre législation, de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850, exigeant une loi pour l'affectation d'un immeuble domanial à un service public, paraît avoir exercé son influence sur l'ensemble des débats législatifs du 27 avril dernier et peut-être, malgré de justes dénégations, sur le vote de ce jour qui a provoqué la loi nouvelle.

119. En effet, à la fin même de la discussion, au moment où l'Assemblée demandait à aller aux voix, quelques instants avant le vote, un illustre orateur[1], qui avait été le président et l'un des rapporteurs de la Commission du budget de 1850, qui avait déjà pris dans cette séance du 27 avril 1864 une part importante aux débats, renouvelle l'argument d'actualité tiré de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850; il affirme l'existence de cette disposition.

120. Or l'abrogation de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 est incontestable. Il suffit pour s'en convaincre de prendre connaissance du décret du 24 mars 1852, ainsi conçu :

« Considérant que les nécessités des services sont souvent « urgentes et que l'affectation d'un immeuble à un service public « n'altère en rien son caractère domanial; — *article unique* : « L'article 4 de la loi du 18 mai 1850 est abrogé. »

121. Aucune contestation n'est possible en ce qui concerne la puissance de ce décret pour abroger une loi antérieure. Il est en effet un de ceux que l'on désigne sous le nom de décrets législatifs ou décrets-lois, parce qu'ils ont été rendus par le

« quand il s'agit, non pas d'une aliénation temporaire, mais d'une aliénation « à titre indéfini et incommutable? Telle a été l'opinion de la commission. »

[1] Voici cet incident, tel qu'il est reproduit par le *Moniteur* du 28 avril 1864, p. 573, 3e col. :

« *M. Berryer.* — Un seul mot. Remarquez bien, monsieur le ministre d'État, que l'affectation à un service public exige une loi. Je vous demande, si dans les interprétations que vous venez de nous donner de votre système qui pose une délimitation d'après l'importance des propriétés et ne réserve presque que les forêts pour que le principe dominant leur soit appliqué, cet immeuble que vous ne pouvez pas sans une loi affecter à un service public, vous auriez donc la faculté de l'aliéner sans une loi.

« *S. Exc. M. le ministre d'État.* — La loi de 1850 est abrogée.

« *M. Berryer.* — Dans votre système.

« *S. Exc. M. le président du Conseil d'État.* — Évidemment la loi de 1850 est abrogée.

« *M. Berryer.* — Elle n'est pas abrogée du tout. »

chef de l'État à une époque où il réunissait entre ses mains les deux pouvoirs législatif et exécutif, et que l'article 58[1] de la Constitution du 14 janvier 1852 leur donne force de loi.

122. Il est donc certain que l'article 4 de la loi du 18 mai 1850 est relégué depuis 1852 dans le domaine de l'histoire, et qu'il ne peut servir de base à aucun argument ayant une portée actuelle. Il est certain que depuis 1852, l'affectation d'un immeuble domanial à un service public est replacée sous le régime de l'ordonnance réglementaire du 14 juin 1833[2], d'après laquelle cette affectation doit avoir lieu par voie de décrets impériaux environnés de diverses garanties constitutionnelles.

123. Ce mode de procéder à l'affectation d'un immeuble domanial à un service public n'est pas seulement le mode actuellement en vigueur par suite de l'abrogation de l'article 4 de la loi de 1850; ce n'est pas seulement le mode traditionnel, sauf pendant les deux années de 1850 à 1852; c'est encore, suivant nous, le mode le plus rationnel. L'affectation d'un immeuble à un service public est un *acte de gestion*, qui est en entier dans les attributions du pouvoir exécutif; l'article 4 de la loi de 1850 constituait une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, un envahisement du pouvoir législatif dans la sphère du second pouvoir.

C'est en vain que le rapport de 1850 a appelé ce fait un acte

[1] Cet article est ainsi conçu :

« La présente Constitution sera en vigueur à dater du jour où les grands « corps de l'État qu'elle organise seront constitués. Les décrets rendus par « le président de la République, à partir du 2 décembre jusqu'à cette époque, « auront force de loi. »

[2] Voici le texte de cette ordonnance royale :

« Vu l'article 5 de l'arrêté du 13 messidor an X, portant que nul édifice « national ne pourra, même sous prétexte d'urgence, être mis à la disposi- « tion d'aucun ministre qu'en exécution d'un arrêté du gouvernement; « voulant donner à cette disposition les garanties constitutionnelles, en « réglant le mode à suivre dans tous les cas où il s'agit d'affecter un im- « meuble domanial à un service public de l'État, nous avons ordonné et « ordonnons : — Les ordonnances qui auront pour objet d'affecter un im- « meuble appartenant à l'État, à un service public de l'État, seront con- « certées entre le ministre qui réclamera l'affectation et le ministre des « finances. L'avis du ministre des finances sera toujours visé dans ces or- « donnances, qui seront contre-signées par le ministre du département au « service duquel l'immeuble devra être affecté; elles seront insérées au « *Bulletin des lois.* »

d'aliénation; tel n'en est pas le caractère; et ce rapport est revenu à la vérité des faits en l'appelant un mode d'emploi de la fortune publique. Enfin la nécessité d'une loi ne permet pas de satisfaire à l'urgence des services, et l'affectation à un service public, n'altérant pas le caractère domanial de l'immeuble, l'intervention législative est à la fois dangereuse et contraire aux principes [1].

124. Quoi qu'il en soit, il est certain que ce ne pouvait être qu'historiquement et au point de vue des idées du législateur de 1850, qu'il était possible d'introduire cet article 4 dans le débat.

Or, même envisagé sous ce rapport secondaire et restreint, ce texte ne saurait servir d'argument ni pour éclairer l'article 12 de la même loi, qui n'a aucun lien avec lui, ni pour révéler la pensée du législateur de 1850 sur la question des ventes domaniales.

Les auteurs de cet article s'étaient en effet placés à un point de vue tout différent. Ils avaient considéré que l'immeuble domanial affecté à un service public devenait improductif, qu'il entrait en non-valeur dans le bilan de la fortune publique, et qu'il y avait dommage toutes les fois que l'affectation n'était pas suffisamment justifiée par un besoin d'intérêt général. Ils ne se défiaient pas du gouvernement transformant en argent, destiné au Trésor public, des biens domaniaux que les ventes rendent à la circulation et à l'activité plus féconde de l'industrie privée; mais ils se défiaient du gouvernement frappant ces biens de stérilité entre les mains de l'État, par des affectations abusives, qui laisseraient subsister, sans compensation suffisante, les charges de l'entretien et de la conservation.

125. Tel est le point de vue auquel s'étaient placés les auteurs de l'article 4 de la loi de 1850. C'est ce qui résulte du rapport même de M. Gouin. Le mot *aliénation temporaire* qui s'y rencontre ne doit pas être considéré isolément des explications qui l'environnent, alors surtout que ce rapport lui-même, en terminant ce développement, appelle l'affectation à un service

[1] *Voir* dans notre monographie sur *les Édifices publics*, l'histoire et le commentaire de la législation relative à l'affectation des bâtiments domaniaux, départementaux et communaux à un service public, nos 134 à 150, et notamment le n° 138 qui contient une appréciation de l'article 4 de la loi du 18 mai 1850.

public, d'une manière plus exacte et plus vraie, un mode d'*emploi de la fortune publique*.

126. L'argumentation déduite de l'article 12 de cette loi subsiste donc tout entière, nonobstant l'article 4. Cette disposition abrogée, tandis que l'article 12 lui survit, vient même à l'appui de l'interprétation ci-dessus donnée à ce dernier texte. Il n'est pas admissible en effet que le législateur de 1850, au moment où il agitait la question de savoir s'il exigerait une loi pour l'affectation des immeubles domaniaux à un service public, ait ignoré que les lois de floréal an X dont il ordonnait l'exécution, étaient journellement interprétées et appliquées comme dispensant le gouvernement de l'obligation d'obtenir une loi pour vendre ces mêmes immeubles.

127. Aussi les paroles qui terminent le discours de M. Rouland, ministre présidant le Conseil d'État, et qui se rattachent à cet ordre d'idées, nous paraissent-elles d'une force et d'une vérité saisissantes. Nous ne saurions mieux faire que d'y renvoyer [1] pour clore avec plus d'autorité cette longue discussion des éléments multiples de cette grave controverse.

§ 5.

Conclusion.

SOMMAIRE.

128. Délégation contenue dans les lois de l'an X.
129. Délégation consacrée par la loi du 18 mai 1850.
130. Le vote du 27 avril 1864 n'avait pas le pouvoir de résoudre la contro-

[1] Voici ces paroles d'après le *Moniteur* du 28 avril 1864, p. 572, 2e col.

« D'un autre côté, considérez, je vous prie, cette commission ayant à « s'occuper du point de savoir s'il faut une loi pour affecter à un service pu- « blic un immeuble libre, et demandez-vous s'il est raisonnable d'admettre « qu'elle a ignoré la question de savoir si le ministre des finances, qui vend « cet immeuble, est ou n'est pas suffisamment autorisé pour une pareille « opération. Convenons-en, Messieurs, en 1850 la commission du budget a « très-bien vu la question ; mais elle n'a pas voulu changer les précédents, « elle est restée en face de la loi telle qu'elle existe, elle a cru que cette loi « était incontestable, elle a cru que le système actuel était bon, était utile « pour l'État ; que ce système laissait au pouvoir législatif un droit suffisant « de contrôle et d'examen ; chaque année on lui dit ce qu'on aliénera, on « lui dit ce que produisent les ventes ; chaque année le Corps législatif ad- « met les ressources, chaque année il vote leur emploi et il assure aux « aliénations leur véritable caractère de régularité et d'utilité nationale. »

verse; il n'est que la manifestation d'une opinion contraire à celle du gouvernement sur une question d'interprétation.

131. Nous demandons la permission de considérer ce vote, si éminemment respectable du reste, comme reposant sur une erreur de droit.

132. La loi nouvelle du 14 mai 1864 a donc pour origine immédiate une fausse interprétation de la législation antérieure.

128. En résumé, la législation antérieure à la loi du 14 mai 1864 et à laquelle cette loi a été substituée, se trouve dans les lois des 15 et 16 floréal de l'an X. Ces deux lois, poursuivant et complétant le système dans lequel le législateur était entré dès les premières années de la Révolution, avaient modifié l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790, en déléguant au pouvoir exécutif le droit de vendre sans intervention législative les biens ruraux et les biens urbains du domaine de l'État.

129. L'article 12 de la loi du 18 mai 1850, en ordonnant que ces deux lois continueraient à être exécutées, avait confirmé cette délégation et fortifié d'une nouvelle sanction législative l'interprétation et l'exécution que ces deux lois recevaient en France depuis cinquante années, de la part de tous les gouvernements et sous tous les régimes politiques qui se sont succédé.

130. Il n'est pas nécessaire de démontrer que nous avons encore le droit de penser ainsi, nonobstant le vote du Corps législatif du 27 avril 1864. Ce vote, en effet, n'a rien établi législativement; il n'est rien de plus que le rejet d'un article de projet de loi tendant à l'ouverture d'un crédit; il n'était pas, et constitutionnellement il ne pouvait pas être par lui-même, une solution de la *question d'interprétation qui se trouvait engagée*[1]. Ce vote ne faisait que poser la controverse entre les deux pouvoirs, et créait un conflit que la sagesse du gouvernement de l'Empereur et du Corps législatif a promptement terminé par une transaction.

131. Il n'est pas davantage nécessaire, qu'en maintenant notre droit de le discuter, alors même qu'il eût contenu une solution, nous protestions de notre respect profond pour ce vote de la Chambre, dû aux consciencieux scrupules qu'elle apporte dans l'accomplissement du mandat national.

[1] Expression du premier rapport de M. de Voize (*Moniteur* du 12 mai 1864, p. 666, 6e col.).

Mais, sans manquer à ce respect, nous demandons, comme citoyen et comme homme de loi, la permission de dire, ainsi que nous le dirions d'un arrêt de justice, que, sur cette *question d'interprétation*, sur ce point de droit, sur cette controverse juridique, la majorité du Corps législatif nous paraît avoir payé son tribut à l'erreur.

C'est ce que nous avons cherché à démontrer dans les divers paragraphes dont se compose ce second chapitre de la présente monographie.

132. Ainsi, d'après nous, c'est dans une fausse interprétation de la législation préexistante, interprétation indirectement formulée dans ce vote, que se trouve la cause génératrice et la raison d'être de la loi nouvelle dont nous allons commenter les dispositions. TH. DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

ÉTUDE SUR LE DROIT DE SUCCESSION.

DE CEUX QUI PROFITENT DE LA SAISINE ET DE CEUX QUI NE PEUVENT EN INVOQUER LES BÉNÉFICES.

Par M. A. HUREAUX, juge au tribunal de Charleville (Ardennes).

QUATRIÈME ARTICLE [1].

112. C'est une question très-controversée que celle de savoir si l'action en indignité peut être exercée par *les créanciers* de celui auquel elle appartient.

La difficulté consiste à rechercher le véritable sens de l'article 1166 du Code Napoléon, qui autorise, d'une manière générale, les créanciers à exercer *tous* les droits et actions de leurs débiteurs, *à l'exception, dit la loi, de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne*. Que faut-il entendre par ces dernières expressions?

Il existe, à cet égard, une grande divergence et beaucoup de

[1] V. t. XXIV, p. 455.

vague dans les opinions de nos interprètes. Comme ce n'est pas ici le lieu de traiter cette matière *ex professo*, nous nous contenterons de dire que les droits exclusivement attachés *à la personne* sont ceux qui jouissent avec nous et qui, par conséquent, ne sont pas transmis à nos héritiers. *Quæ personnæ sunt, ad hæredes non transeunt*[1]; mais reste toujours à déterminer la nomenclature des droits exclusivement attachés à la personne.

Quoi qu'il en soit, il n'est pas douteux que les droits de famille, les droits de la puissance paternelle et maritale, de correction sur les enfants, d'émancipation, comme aussi le droit par la femme de demander sa séparation de biens (art. 1446), celui de faire révoquer une donation pour cause d'ingratitude (art. 957), les droits d'usage et d'habitation (C. Nap., art. 631), rentrent dans cette catégorie, et que par conséquent ils ne sauraient être exercés par les créanciers du chef de leurs débiteurs.

En est-il de même du droit de faire déclarer l'indignité?...

Plusieurs jurisconsultes pensent que l'action d'indignité est exclusivement attachée à la personne de celui qui peut l'exercer. Leur raison est que le droit dont il s'agit n'est pas purement *pécuniaire*, et que les discussions auxquelles peuvent donner lieu les procès à cette occasion, sont des débats de famille auxquels les étrangers ne doivent pas se mêler[2].

Mais la réponse est que le droit de faire déclarer l'indignité est une action qui ne périt pas avec nous, qu'elle fait partie de notre patrimoine transmissible à nos héritiers et que, par conséquent, on ne peut pas dire rigoureusement qu'elle est exclusivement attachée à la personne du successible appelé à défaut de l'indigne.

Elle appartient, d'ailleurs, à la catégorie des actions rescisoires, et les interprètes sont unanimes pour décider que les actions rescisoires, en général, ne sont point essentiellement liées à la personne.

Allons plus loin : Est-il bien vrai qu'il s'agit ici principale-

[1] L. 196, ff., *De regulis juris*. Il n'y a que certains droits éminemment *personnels* qui ne sont pas héréditairement transmissibles (V. Marcadé, § 193).

[2] V. not. Marcadé, art. 727, n° 7. — Chabot, art. 730, n° 2. — Dalloz, v° *Succession*, p. 277, n° 20. — Duranton, t. VI, n° 120.

ment d'un débat de famille?... Il semble que non, car s'il s'agissait dans l'action d'indignité d'un débat qui dût nécessairement se concentrer dans la famille, celui auquel cette action appartient aurait *le droit de pardonner*, et il est certain qu'il ne l'a pas. *D'un autre côté*, les donataires et les légataires qui ne font pas partie de la famille seraient sans qualité pour soulever utilement le débat contre l'héritier saisi, et les auteurs que nous combattons admettent eux-mêmes, sans difficulté, que ces espèces de successeurs ont l'exercice de cette action! C'est donc qu'il ne s'agit pas ici seulement d'un pur débat de famille, mais bien aussi *d'un intérêt pécuniaire* qui fait partie du patrimoine du débiteur et qui, par conséquent, doit pouvoir être utilisé par ses créanciers comme tout autre gage de leurs créances, suivant les articles 2092 et 2093 du Code Napoléon.

« Mais, s'écrie M. Marcadé, si les héritiers, les légataires et les donataires épargnent le successible indigne pour éviter un débat scandaleux, d'autres ne doivent pas pouvoir, pour un misérable intérêt d'écus, anéantir cette louable idée et intenter l'action malgré eux!... »

La réponse est que le législateur s'est surtout, en cette matière, préoccupé *de l'intérêt public*, et qu'il est de cet intérêt que celui qui a été condamné comme meurtrier ou comme dénonciateur calomnieux, ou qui a manqué au devoir de piété que la loi lui impose en ne dénonçant pas le meurtre, soit exclu de la succession; que, par conséquent, les tribunaux entreront d'autant plus dans ses vues qu'ils admettront l'action avec plus de facilité. C'est qu'en effet il y aurait un bien plus grand scandale à voir un héritier indigne s'enrichir des dépouilles de la victime, par l'insouciance, l'apathie, la faiblesse de ses cohéritiers et peut-être même par la crainte qu'il leur inspire..., qu'à donner à des créanciers sérieux et intéressés à vider la question, le droit de requérir du chef de leur débiteur l'application de la peine civile édictée par la loi [1]...

[1] *Junge* Favard, *Répert.*, v° *Indignité*, n° 11. — Zachariæ, § 591. — Mourlon, *Rép. écrit.*, t. II, p. 25. — Demolombe, n° 284. — Vazeill art. 727, n° 15.

§ 4.

Des tribunaux compétents pour connaître de l'action en indignité et des fins de non-recevoir contre cette action.

SOMMAIRE.

113. Compétence. L'action ne doit procéder que devant les tribunaux civils.
114. Le juge de paix n'a jamais compétence pour en connaître.
115. Des fins de non-recevoir contre l'action.
116. L'action peut-elle être intentée après la mort de l'indigne? Controverse.
117. Du cas de mort, *pendente lite*.
118. Suite.
119. L'appel serait-il recevable au cas où les premiers juges auraient rejeté la demande?
120. *Quid* du cas d'exécution à mort?
121. Communication au ministère public.
122. Renonciation implicite à l'action.
123. A qui incombe la preuve de la dénonciation?
124. Méthode.
125. L'action dure trente ans.
126. A partir du décès.

113. *Compétence.* — L'action en indignité ne peut être portée que devant les tribunaux civils. Eux seuls ont compétence pour prononcer en cette matière.

En effet, les tribunaux correctionnels et criminels ne statuent sur les intérêts civils que dans les cas déterminés par la loi. Or il ne s'agit pas ici d'une action en dommages-intérêts intentée par celui qui a souffert d'un crime ou d'un délit, action qui est susceptible d'être jugée accessoirement à la poursuite par les tribunaux de répression. L'action en indignité suppose sans doute, aux deux premiers cas de l'article 727, que le meurtrier ou le calomniateur a été condamné; mais les arrêts ou les jugements rendus au criminel ne sont que des préliminaires de l'action en indignité, dont l'objet principal est d'infliger au coupable, outre la peine prononcée aux assises et à la police correctionnelle, une autre peine, *sui generis*, purement civile, et qui consiste, comme nous l'avons dit, dans la rescision de la saisine héréditaire [1].

114. Le juge de paix, comme juge civil, aurait-il compétence

[1] V. pourtant Demante (t. III, n° 37 *bis*, 2). Son opinion est désirable pour éviter deux procédures aux cas qu'il indique. Cependant je crois que rien ne l'autorise.

pour prononcer sur cette action dans le cas où la succession serait purement mobilière et n'excéderait pas le chiffre qui limite sa compétence, *ratione summæ?*...

Non; cette action, toute personnelle qu'elle est dans son principe essentiel[1], est, de sa nature, indéterminée. Le demandeur ne poursuit que l'application d'une peine civile non limitée quant au chiffre, et qui ne peut être prononcée par un tribunal exceptionnel. Celui qui agit en indignité ne conclut qu'à l'exclusion du successible défendeur, comme indigne de la succession. Il ne demande pas que l'importance de la succession lui soit attribuée à titre de condamnation d'une somme d'argent. Il y conclurait même que sa demande ne serait pas moins indéterminée dans son objet principal; car, en supposant l'indignité prononcée, la succession enlevée à l'héritier coupable lui est déférée en vertu de la loi et non pas en vertu de la sentence. Le jugement signifie seulement que l'indigne est *exclu*. Quant aux conséquences de cet événement, elles sont réglées par le titre des Successions.

115. *Des fins de non-recevoir contre l'action.* — La compétence étant fixée, nous passons aux fins de non-recevoir qui peuvent être opposées au demandeur en indignité.

Or l'action en indignité suppose nécessairement, dit-on :

1° Que l'indigne soit *vivant*,

2° Qu'il soit valablement saisi de la succession,

3° Et que le droit des intéressés à faire prononcer l'exclusion ne soit pas éteint par la prescription.

Reprenons chacune de ces propositions.

116. *Premier système. L'indigne doit être vivant.* — En effet, s'il est décédé, l'action a péri avec lui, puisqu'elle a pour objet *une peine*. Peu importe qu'il ne s'agisse ici que d'une peine civile. Toutes les fois qu'une action est pénale, elle s'éteint, *ipso jure*, par la mort de l'inculpé. Les fautes sont personnelles. La peine suit le coupable et ne le passe pas. On ne condamne pas un cadavre (C. instr. crim., art. 2). Il est si vrai qu'il en doit être ainsi au cas particulier, que l'article 957 du Code Napoléon porte que la révocation d'une donation entre-vifs pour ingratitude ne peut être demandée utilement par le donateur *contre les héritiers du donataire*. L'analogie est frappante, et

[1] Sauf à devenir réelle dans ses conséquences, comme les actions résolutoires ordinaires.

par conséquent la solution doit être la même dans les deux cas. On objecterait en vain que la loi n'a pas reproduit cette disposition au titre des Successions, et qu'il n'y a pas à argumenter par analogie; car la règle *ubi eadem ratio, idem jus*, si elle ne doit pas avoir lieu en matière exceptionnelle, s'applique toujours dans les cas favorables, *in favorabilibus*. Or une décision qui tend à libérer des héritiers d'une action scandaleuse, constitue, ou jamais, l'un de ces cas que les jurisconsultes appellent *favorables*.

Voilà le système que nous avons entendu professer à l'école, et que Marcadé et M. Mourlon ont reproduit dans leurs ouvrages[1].

Deuxième système. Cette opinion est inadmissible. Rien n'indique dans la loi l'intention qu'on lui suppose gratuitement d'avoir voulu *limiter à la personne vivante* de l'indigne l'exercice utile de l'action. La disposition de l'article 957 n'est pas reproduite au titre des Successions, et il existe des différences notables entre la révocation des donations pour cause d'ingratitude et d'indignité; par conséquent point d'analogie possible, ou, tout au moins, décisive.

Il n'est pas nécessaire que l'indigne soit vivant pour que la déchéance de la saisine puisse être prononcée contre lui dans la personne de ses héritiers. Il suffit pour cela qu'il ne soit pas mort *integri status*, au regard de l'article 727, et qu'il ait été condamné criminellement ou correctionnellement dans les cas indiqués. Le jugement qui prononce plus tard la déchéance de la saisine, soit contre l'indigne s'il vit au moment de la demande, soit contre les héritiers s'il est décédé, n'est, en réalité, qu'un *visa exécutoire* des prescriptions de l'article 727.

On objecte en vain que l'indignité est une peine, et qu'en général les peines ne doivent atteindre que les personnes coupables, on répond que si cela est vrai pour certaines peines, comme celles édictées pour les crimes et les délits dont il est question dans le Code pénal, cela ne l'est pas toujours pour *les déchéances* et *les peines civiles*. Dans notre législation, le *jus ultionis* est quelquefois transmissible, et c'est ce qui a lieu toutes les fois que la victime n'a pas, comme au cas particulier, le droit de pardonner. Chez nous, les actions pénales, au moins

[1] Marcadé, art. 727, n° 6. — Mourlon, *Répétit.*, t. II, p. 25 et 26.

plusieurs d'entre elles, par exemple l'action *damni injuriâ dati*, ou *legis Aquiliæ* et autres semblables passent contre les héritiers. Donc l'article 2 du Code d'instruction criminelle, que l'on invoque dans le premier système, n'a rien à voir dans la question.

Le motif d'ordre public qui a déterminé le législateur à exclure l'indigne de la succession de sa victime, existe tout aussi bien à l'égard de ses héritiers que de sa personne. Il serait contraire à la morale publique qu'ils pussent s'enrichir par le crime de leur auteur. Sous ce rapport, le premier système serait même dangereux en ce qu'il favoriserait la cupidité d'un père qui, par amour pour ses enfants, pourrait se porter au crime, avec l'espoir possible qu'ils pourraient en conserver les bénéfices.

Enfin le premier système créa, sans texte dans la loi, une prescription particulière : ce qui le rend inique, puisqu'il peut arriver que le successible, appelé à défaut de l'indigne, soit mis, par suite d'absence ou même de non-présence sur les biens, dans l'impossibilité physique de profiter de la faveur que la loi lui attribue. Dans notre droit, les actions durent trente ans, à moins qu'il n'ait été fixé un terme plus court à leur durée (C. Nap., art. 2262).

Ces raisons nous paraissent péremptoires, et nous abandonnons, après y avoir réfléchi, le système que nous avons longtemps suivi, sur la foi de nos maîtres [1].

117. *Quid juris?* Si l'indigne assigné devant le tribunal civil vient à mourir avant le jugement, ses héritiers peuvent-ils être tenus de reprendre et de continuer l'instance commencée contre leur auteur?

Dans le système n° 1 (exposé ci-dessus, n° 116), la raison de douter est que, *omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* [2]; mais la raison

[1] Conférez à cet égard : *L. 1, au Code, Ex delict. defunct.;* — L. 1, ff., *Si pendent. appellat.;* — L. 9, ff., *De jure fisci;* — L. 22, ff., *De senatusconsulto Siliano;* — Lebrun, *Success.*, liv. III, chap. 9, n° 10; — et surtout Bordeaux, 1er décembre 1853, — et la judicieuse dissertation de M. de Villeneuve, qui se trouve dans l'arrêt, dans sa collection de 1854, partie II, p. 225. — V. aussi M. Demolombe, n° 279, — et *Revue critique de législation*, 1855, page 481. — Ajoutez Furgole, *Des testaments*, t. Ier, chap. 6, sect. 3, n° 351.

[2] L. 139, *De regulis juris.* — Lebrun, *loco cit.*, n° 10.

de décider contre le demandeur, et par conséquent en faveur des enfants du coupable décédé avant le jugement, est que cette règle n'a pas été reproduite par le Code au cas d'indignité, et, enfin, que dans notre législation (C. Nap., art. 730) les enfants de l'indigne ne sont pas punis pour la faute que leur père a eu le malheur de commettre [1]. Comment les enfants du défendeur pourraient-ils être repoussés de la succession du *de cujus* par suite de l'indignité de leur père, quand ce dernier, décédé avant le jugement, n'a jamais été déclaré *indigne!*...

On sent que dans notre système (*supra*, n° 116-2°) nous ne pouvons accepter cette théorie, puisque, suivant nous, l'action en indignité fondée sur la condamnation du meurtrier ou du calomniateur dure trente ans, comme les autres actions en général.

Aussi, dans l'espèce, l'instance sera reprise et continuée utilement contre les héritiers de l'indigne.

118. *Quid juris*, si le jugement avait déclaré l'indignité du vivant de l'indigne? Ses enfants ou ses héritiers ne pourraient-ils pas interjeter appel dans les délais de la loi, et le faire réformer, soit par la Cour, soit même par les magistrats qui l'ont rendu, au moyen de la requête civile?

Je le pense. On objecterait en vain, toujours dans le système qui n'est pas le nôtre, 1° que le débat ne porte devant la Cour, comme en première instance, que sur l'application d'une peine, et que l'action pénale étant éteinte, *defectu personæ principalis*, il est impossible de réformer le jugement; 2° ou bien que l'appel des héritiers de l'indigne a remis tout en question, et que le coupable étant décédé, le jugement doit être considéré comme non avenu : ce qui serait très-favorable à ses héritiers. Ces raisons ne nous semblent pas admissibles dans la matière spéciale que nous traitons. La faveur de la défense repousse la première branche de l'objection, et, *quant à la*

[1] En matière de révocation de donation pour cause d'ingratitude, c'est une question très-débattue dans l'interprétation de l'article 957. Mais il ne faut pas raisonner par analogie *lorsqu'il s'agit d'appliquer des peines*. La règle romaine ci-dessus rappelée ne doit être admise chez nous qu'avec une certaine défiance. Elle était le résultat de la *novation* qui s'opérait dans la *litis-contestatio* des actions *stricti juris*. Une fois déduite *in judicium*, l'action devenait *perpétuelle*, parce que le nouveau droit substitué à l'ancien ne pouvait plus se perdre que par de nouveaux motifs. Chez nous, la demande n'opère jamais novation (V. pourtant art. 879), et par conséquent le fond du droit n'éprouve aucune altération par le fait seul de l'ajournement: ce qui n'empêche pas la demande en justice ou même un commandement d'interrompre la prescription (C. Nap., art. 2244, 2245, 2246).

seconde, elle est réfutée par la nature même des arrêts qui ne font que confirmer ou réformer une sentence préexistante, avec effet rétroactif au jour du jugement de première instance. Si l'indigne eût vécu, il lui eût été permis d'épuiser tous les degrés de juridiction, et ses héritiers doivent pouvoir exercer le même droit, alors surtout qu'il s'agit d'une question d'honneur pour la famille. Aucun texte ne les prive de cette faculté.

On sait que dans notre théorie cette question ne saurait s'agiter, puisque la mort de l'indigne n'a pas, pendant trente ans, d'influence sur le sort ultérieur de l'action.

119. La réciproque est-elle vraie? Le demandeur en indignité pourrait-il interjeter appel du jugement de première instance qui l'aurait déclaré mal fondé dans sa demande, si le défendeur venait à mourir avant l'appel?... Pourrait-il même suivre sur son appel si le décès arrivait dans le cours de la procédure devant les juges supérieurs?...

Dans le système professé à l'école, *non*. Car la Cour ne pourrait condamner un cadavre. L'arrêt qui interviendrait dans cette espèce ne saurait avoir d'effet rétroactif à une époque où l'indigne vivait encore, puisqu'il a été renvoyé de la demande. En annulant la sentence des premiers juges, elle statuerait comme s'il n'y avait pas eu de jugement, et par conséquent cette décision nouvelle ne serait rendue que sur une action *éteinte par la mort du coupable* : ce qui serait impossible d'après nos contradicteurs.

Dans notre théorie bien plus simple et bien plus équitable, le demandeur en indignité a toujours le droit d'épuiser tous les degrés de juridiction et de faire condamner l'indigne en appel, dans la personne de ses héritiers, même après sa mort.

120. *Quid*, si le meurtrier du défunt a été condamné à la peine de mort et exécuté sans que l'indignité ait été prononcée contre lui par le tribunal civil?

Ce cas rentre dans la théorie exposée ci-dessus, n° 116.

Dans notre législation actuelle, l'indignité n'étant jamais encourue *de plein droit*[1] en ce sens qu'il faut un jugement au civil pour appliquer la peine de déchéance dont le principe est dans l'arrêt ou le jugement rendu au criminel, le supplicié transmet dans sa propre succession les biens dont il a été saisi,

[1] Comparez Lebrun, *Success.*, liv. III, chap. 1, n° 9; — Pothier, *Success.*, ch. 1, sect. 2, § 2.

suivant l'article 724; puisque la saisine n'a pas été juridiquement *rescindée*.

Il eût été peut-être convenable de faire pour cette espèce une exception au principe. Mais nous n'avons aucun texte qui nous permette de la suppléer, de sorte que le meurtre dont le condamné s'est rendu coupable profite à ses héritiers!... C'était pour éviter ce résultat que les parlements jugeaient autrefois que le principe de la personnalité des fautes ne s'appliquait *qu'aux peines corporelles*, et non pas *à la peine civile* de l'indignité, et que l'action n'en devait pas être moins suivie contre les enfants du coupable, par argument de la loi 7, § 4, ff., *De bonis damnatorum*.

On voit que, dans le système de nos contradicteurs, les successibles appelés à défaut de l'indigne ont le plus grand intérêt à faire statuer *promptement*, sur leur action, s'ils veulent arriver à la succession de la victime, exécutant l'indigne.

Dans notre théorie il n'y a pas de difficulté; de deux choses l'une : ou le coupable est mort, *integri statûs*, et alors l'action en indignité est à tout jamais *éteinte;* ou il a été condamné avant sa mort naturelle, et alors l'action dure trente ans contre ses héritiers.

121. Les pièces de la procédure doivent-elles être communiquées au ministère public?...

Sans aucun doute. Ces sortes d'affaires intéressent l'ordre public au plus haut point (C. proc., art. 83, n° 1).

122. *Quid*, si tous les cohéritiers de celui qui se trouve dans le cas d'être déclaré indigne ont procédé avec lui au partage des biens de la succession?

Ils seront ou ils ne seront pas recevables dans leur action, suivant qu'il sera établi au procès qu'ils connaissaient ou qu'ils ne connaissaient pas, au moment du partage, l'auteur du fait susceptible de produire l'indignité.

Au premier cas, l'ignorance de ce qui s'est passé ne peut leur nuire; *au second*, ils ont implicitement et nécessairemennt renoncé à leur action : ce qu'ils peuvent toujours faire, pourvu qu'il n'y ait pas de fraude de leur part. C'est un point de fait laissé à l'appréciation des tribunaux [1].

[1] V. M. Demolombe, n° 285. Il discute la question de savoir si celui auquel appartenait l'action en indignité peut y renoncer, ce qui ne fait pas de doute pour nous.

123. Sur qui, dans ce cas, tombe le fardeau de la preuve quant au point de savoir si les cohéritiers de l'indigne ont implicitement renoncé à leur action?...

C'est sur le défendeur, car il doit prouver le bien fondé de son exception. *Reus excipiendo, fit actor*. Ses adversaires sont donc recevables, tant et si longtemps qu'on ne leur prouve pas qu'ils ont réellement renoncé à leur droit. Ce n'est pas à eux à établir un fait négatif.

124. *Méthode.* — Nous avons précédemment (*supra*, n° 89) posé en principe incontestable que l'indignité supposait *la capacité*[1]. Il est inutile que nous revenions ici sur ce point; il nous suffira de rappeler, *pour ordre*, que l'action en indignité suppose toujours que le successible indigne est valablement saisi de la succession.

125. Quelle est, au juste, la durée de l'action en indignité? Quoiqu'il s'agisse ici d'une action *en rescision*, nous ne pensons pas que l'article 1304 puisse être appliqué en cette matière. La saisine n'est pas une *convention*, et il est de principe que toutes les actions durent trente ans (art. 2262).

126. A partir de quelle époque court la prescription?... En général, à partir du décès. C'est de ce moment que les droits de tous sont ouverts et que la saisine qu'il s'agit de rescinder a pris naissance. Il faut bien un point de départ uniforme, et le décès peut seul le fournir. Il est réputé connu de tous. Or la prescription doit courir, et ne doit courir contre ceux qui peuvent agir qu'à partir du moment où leur action peut être mise en exercice. *Contra non valentem agere, non currit prescriptio.* Cette solution ne souffre aucune difficulté pour les deux premiers cas d'application de l'article 727, puisque la condamnation est nécessairement antérieure au décès.

Au troisième cas (celui de défaut de dénonciation du meurtre), la prescription courra à partir du moment où l'on prouvera contre le demandeur qu'il a réellement connu le meurtre du défunt, qu'il n'a pas dénoncé quand il devait le faire.

A. HUREAUX.

(*La suite à une autre livraison.*)

[1] Il y a dans l'arrêt de Bordeaux du 1er décembre 1853 un mot qui serait de nature à jeter du doute sur ce point. Mais c'est évidemment un *lapsus plumæ* du rédacteur de l'arrêt, du reste très-bien motivé.

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. Dollinger, juge au tribunal de Wissembourg.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE V.

Des effets de la séparation.

126. Cette matière doit s'envisager à l'égard

1° Des successeurs universels du défunt;

2° Des créanciers et légataires du défunt entre eux; et

3° Des créanciers et légataires du défunt dans leurs rapports avec les créanciers de l'héritier.

§ 1. — *Des effets de la séparation à l'égard des successeurs universels du défunt.*

127. Il a été déjà fait remarquer que la séparation des patrimoines qui n'anéantit point la saisine et ses conséquences (n°s 85 et suiv.), ne dessaisit point l'héritier ou le légataire saisi de ses droits de propriétaire. Le législateur n'a restreint que quelques-uns de ses pouvoirs, afin d'assurer à la séparation la prééminence qu'elle doit procurer à ceux qui l'exerceront en se conformant aux dispositions de la loi (Voy. spécialement n° 89 *in fine*).

Il en résulte entre autres cette conséquence, que l'inscription requise par l'article 2111 est complétement inutile dans les rapports de créancier à héritier, puisqu'elle ne peut pas même frapper d'indisponibilité les biens qui sont restés entre les mains de ce dernier.

128. Mais ici se présente une question bien grave, et qui tient à l'essence même du système que nous avons suivi *ab initio*, pour le droit de séparation : il s'agit de savoir si le principe le plus fondamental peut-être du droit successoral, la division des dettes et charges de l'hérédité entre les héritiers proportionnellement à leur part dans la succession, peut souffrir quelque atteinte par la séparation des patrimoines; si les

[1] V. t. XIII, p. 140; XIX, p. 31 et 499; XXI, p. 10 et 405.

créanciers en venant inscrire ce droit sur un immeuble tombé dans le lot d'un héritier, pourront discuter ce dernier jusqu'à concurrence de la valeur intégrale de l'immeuble, lors même que ce mode de procéder mettrait à la charge du cohéritier une portion de dettes supérieure à sa part virile. D'après tout ce que nous avons déjà dit sur l'absence de droit de suite, la divisibilité et l'individualité qui caractérisent le privilége de la séparation, notre opinion sur cette question ne saurait être douteuse, et il n'y a aucun nouvel argument à fournir à son appui. Par contre, pour les auteurs [1] pour lesquels la séparation est un privilége aussi énergique que tous les autres, produisant au profit des créanciers un droit réel opposable aux tiers et qui frappe dès le début l'universalité des biens de la succession, nonobstant la manière dont ils seront ultérieurement fractionnés, il a été tout simple et tout rationnel d'admettre comme corollaire que les héritiers soient tenus chacun pour le tout, jusqu'à concurrence de la quotité d'immeubles frappés du privilége de la séparation et dont ils sont détenteurs, et de restreindre le principe de la division des dettes à l'action purement personnelle, c'est-à-dire, en définitive, à l'action intentée sans que la séparation des patrimoines ait été provoquée.

Cette déduction est si logique, qu'on ne pourrait guère en tirer d'autre sans encourir le reproche d'inconséquence; et, en la poussant à ses dernières limites, on a été amené à faire encore une distinction entre les meubles et immeubles, en consacrant la division des dettes pour les premiers, puisqu'on ne peut les soumettre à l'hypothèque privilégiée, et en admettant l'indivisibilité pour les derniers seulement [2]. Tout cela est très-rationnel, mais où voit-on de semblables subtilités écrites dans la loi?

M. Duranton [3] qui paraît admettre la théorie hypothécaire de la séparation, emploie également, pour soutenir la thèse d'indivisibilité, toute la série des raisonnements que nous avons réfutés en traitant de la nature du droit conféré aux créanciers

[1] Notamment MM. Hureaux, nos 410 et suiv.; Duranton, VII, 270 et XIX, 224; Blondeau, *op. et loco modo cit.*

[2] C'est la doctrine de M. Demante (*Cours analyt. de Code civ.*, t. III, n° 222 *bis*, II), au moins dans le cas où le partage des meubles serait consommé.

[3] *Locis modo cit.*

par la séparation (n° 44 *bis*). Mais, chose singulière! il n'a point été aussi loin que les partisans de sa doctrine, et meubles comme immeubles sont soumis par lui au même régime, en sorte que l'action des créanciers de la succession s'exercerait sur tout l'actif héréditaire, indépendamment du nombre des héritiers et de leurs droits respectifs. Dans les solutions qu'il donne aux espèces qu'il se propose, M. Duranton fait intervenir le principe hypothécaire pour établir l'indivisibilité du recours des créanciers sur les immeubles, et c'est au moyen des principes qui régissent les rapports en moins prenant, qu'il parvient à justifier l'application de cette même indivisibilité en matière mobilière.

Les explications que nous avons données au n° 68 *bis* suffisent pour prouver le peu de légitimité du rapprochement de ces deux principes dans la question; nous avons vu qu'on ne peut pas toujours concilier l'exercice de la séparation des patrimoines avec celui du rapport en moins prenant, et que dans toutes les espèces de ce genre qui sont compliquées d'opérations de rapport, les règles qui régissent cette dernière matière doivent suffire et suffisent en effet pour expliquer et autoriser toutes les solutions que l'on a présentées comme des dérogations à la divisibilité des dettes héréditaires et des recours du créancier; tandis que cette divisibilité ne peut jamais recevoir aucune atteinte par l'exercice seul de la séparation.

C'est au surplus ce que semble avoir entrevu aussi M. Duranton dans le n° 469 du même tome VII, où il reconnaît en général la divisibilité des dettes en matière mobilière à l'encontre des créanciers qui invoquent la séparation, parce qu'il ne se préoccupe plus alors des conséquences du rapport auquel peuvent être soumis les cohéritiers les uns envers les autres.

M. Blondeau qui professe aussi la doctrine du droit hypothécaire de la séparation, semble avoir voulu adoucir ce qu'il y avait de choquant dans le système précédent : aussi adopte-t-il un moyen terme. Pour lui, il se forme autant de créances distinctes qu'il y a d'héritiers, et chacune de ces fractions de la créance primitive est garantie par un privilége qui frappe sur les immeubles attribués à chaque copartageant; c'est donc en réalité une transaction entre le système absolu de la division des dettes tel que nous l'enseignons, et celui du droit hypothé-

caire frappant en bloc les biens immobiliers de la succession.

Si l'article 1017 pouvait être invoqué par les créanciers, ce serait à coup sûr faire ici une application bien plus rationnelle de la divisibilité de l'hypothèque proclamée par la Constitution 1, C., *Comm. de leg.;* mais les développements qui ont été présentés sur cette question (n° 63) montrent assez qu'on ne peut pas plus admettre chez nous cette indivisibilité que l'extension de l'article 1017 aux créanciers. D'ailleurs la plupart du temps cette hypothèque serait entre les mains de ces derniers une arme complétement inutile : en effet, si elle leur permettait d'attaquer les tiers détenteurs qui font dériver leur droit d'un acte d'aliénation de l'héritier, elle ne leur permettrait point d'attaquer pour le tout les cohéritiers auxquels un partage frauduleux a attribué la totalité ou la plus grande part des immeubles de la succession, car leur action viendrait se briser contre la fiction de l'article 883, et il ne leur resterait que la ressource bien illusoire de l'article 882.

Tout ceci n'empêche pas, théoriquement parlant, le système de M. Blondeau d'être assez conséquent avec le point de départ où le savant professeur s'est placé. Mais voici maintenant une série d'opinions plus divergentes et qui n'ont certainement plus le même mérite. Ainsi M. Dufresne qui ne veut voir dans la séparation qu'un privilége incomplet et dépourvu de droit de suite [1], en quoi nous sommes du reste parfaitement de son avis, arrive cependant à démontrer que la créance successorale se trouve, en cas de séparation, garantie par une indivisibilité absolue de tout recours contre les copartageants [2]. Il invoque à cet effet cette idée de droit de gage dont nous avons déjà fait justice en son lieu et place (n° 44 *bis*) : car le droit de gage dont il est question, ne produisant pas de droit de suite, n'est plus un véritable droit réel de nature à faire obstacle à la division des dettes.

Il nous semble d'ailleurs que la séparation ne saurait avoir cet effet d'indivisibilité sans réfléchir forcément contre les autres cohéritiers, tandis qu'elle ne peut être dirigée que contre les créanciers personnels de l'héritier, exclusivement à tous autres; elle n'a donc d'effet vis-à-vis de ces créanciers, et ne peut garantir la préférence des créanciers héréditaires, que pour

[1] *Op. cit.*, n° 93.
[2] *Ibid.*, n° 114.

la part de la dette qu'ils sont en droit de réclamer de cet héritier. En un mot, autant d'héritiers, autant de patrimoines distincts et indépendants les uns des autres ; seulement, sur cette part du patrimoine héréditaire, les créanciers du défunt ont le droit d'assurer le payement de la part de leur créance mise à la charge de l'héritier. Mais, comme nous croyons avoir déjà surabondamment démontré que la loi n'accorde nulle part aux créanciers du défunt un privilége capable de garantir le payement de leur créance originaire sur toutes les valeurs de la succession, il est clair qu'ils ne pourront se faire payer sur la part des biens d'un des héritiers, de la part de dettes de tous les autres. Encore une fois, une pareille doctrine renverserait tous les principes du Code sur la saisine des héritiers; et comme rien ne nous prouve que la séparation doive modifier les effets de cette saisine, et dispenser par là les héritiers du défunt du payement de ses dettes *ultra vires*, par une juste réciprocité, cette même séparation ne devra pas non plus empirer leur condition. L'article 873 nous paraît d'ailleurs suffisant pour trancher la question, et l'on ne saurait, avec M. Bonnier[1], se prévaloir de la place qu'il occupe dans le Code, avant les dispositions relatives à la séparation, pour soutenir qu'il n'a pas été fait en vue de cette autre institution avec laquelle il peut se concilier si parfaitement.

Nous ne nions pas que cette manière de voir n'offre d'énormes inconvénients pour les créanciers; qu'elle sacrifie en définitive le public de bonne foi aux intérêts et arrangements de famille; mais le système qui sacrifie la famille aux tiers est-il préférable ?

Au surplus, on n'insisterait pas tant sur cette question comme sur tant d'autres de notre matière, si l'on ne partait pas toujours de cette idée puisée dans un respect exagéré pour les droits des créanciers chirographaires du défunt, dont la position s'est trouvée empirée tout à coup et à leur insu par la mort de leur débiteur. Cet argument utilitaire, que l'on retrouve à chaque pas ici, doit être écarté à jamais, et nous ne pourrons que répéter sans cesse que le créancier méfiant ou prudent a un moyen bien simple à sa disposition d'éviter ces nombreuses chances de catastrophes : c'est de se faire donner des sûretés

[1] *Revue de législ.*, t. XIV, p. 485 et suiv.

particulières; hors de là il sera considéré, partout et toujours, comme simple chirographaire.

Depuis l'époque où ce travail a été présenté au concours, plusieurs monuments importants de jurisprudence sont venus sanctionner la manière de voir que nous défendions ici.

La Cour de Caen, après avoir, le 14 février 1825, adopté le système de division du recours des créanciers, était revenue sur sa jurisprudence dans un arrêt du 17 janvier 1855[1]. Cet arrêt fut déféré à la censure de la Cour suprême et cassé par elle le 9 juin 1857; et la Cour de Rennes, devant laquelle l'affaire fut renvoyée, se conforma à la jurisprudence de la Cour régulatrice[2]. La même année, par arrêt en date du 3 février 1857, la Cour de cassation avait résolu la question dans le même sens, pour le cas tout particulier où le créancier du défunt avait perdu, à l'égard de l'un des héritiers, le droit d'exercer la séparation[3].

Enfin, un arrêt récent de la Cour de Limoges a encore jugé dans le même sens[4]. On peut donc aujourd'hui regarder la question comme définitivement et souverainement tranchée.

129. Le créancier du défunt dont le droit se trouve garanti par une hypothèque, pourra poursuivre sa créance pour le tout contre l'héritier détenteur de l'immeuble héréditaire, et inscrire pour le surplus sur d'autres immeubles le privilége de la séparation, s'il n'a pu se faire intégralement payer sur le prix de l'immeuble, ou s'il craint de ne pouvoir l'être. Mais, d'après ce qui vient d'être dit, ce second recours devra naturellement se diviser entre les cohéritiers qu'il n'a pas encore attaqués, en y comprenant même ceux qui n'ont été attaqués hypothécairement que pour une part inférieure à leur part virile; car le créancier agit ici en qualité de simple chirographaire, et les cohéritiers ainsi recherchés ont toujours le droit d'exiger la discussion préalable des biens affectés à l'hypothèque.

[1] Sirey, 1833, II, 639, et 1857, II, 294. Consultez encore dans le sens du second de ces arrêts : Bourges, 20 août 1832 (S., 1832, II, 635) et Bordeaux, 14 juillet 1836 (S., 1837, II, 222), arrêt déjà cité.

[2] Cass., 9 juin 1857 (S., 1857, I, 465), et Rennes, 14 janvier 1858 (S., 1858, II, 573).

[3] S., 1857, I, 321.

[4] Limoges, 16 juin 1860 (S., 1861, II, 330).

§ 2. — *Des effets de la séparation à l'égard des créanciers et légataires du défunt et dans leurs rapports respectifs.*

130. Les créanciers du défunt qui ont à invoquer un privilége ou, en général, toute autre cause de préférence, ne recourent pas à la séparation contre les créanciers chirographaires de la succession, parce que ce remède ne leur procurerait, dans leurs rapports avec ces créanciers, aucun avantage de plus sur eux. Ce n'est qu'à l'encontre des créanciers de l'héritier qu'elle leur offrira quelque utilité, en ce qu'elle pourra assurer, quant aux biens sur lesquels elle est invoquée, la priorité sur les créanciers de l'héritier, dont les droits de préférence dériveraient de causes antérieures en date à celles dont ils pourraient eux-mêmes se prévaloir. Voilà pourquoi nous opposerons toujours, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires de l'héritier, les créanciers chirographaires du défunt, dont la séparation peut, suivant les cas, modifier la position vis-à-vis des précédents.

131. Les solutions enseignées dans cette matière dérivent toutes d'un principe qu'il nous faut établir et développer au préalable, moyennant lequel elles n'offriront plus aucune difficulté. Ce principe qu'on n'a l'habitude de discuter qu'à propos de la séparation immobilière, a tout autant d'autorité en matière mobilière; voici, au surplus, comment on peut l'énoncer :

« *La condition respective des créanciers chirographaires ou privilégiés du défunt doit demeurer la même, nonobstant toutes diligences qu'aurait faites l'un ou l'autre d'entre eux, dans la poursuite de ses droits, au moyen de la séparation.* »

L'école moderne, partisante de la séparation hypothécaire et privilégiée, a repoussé ce principe de toutes ses forces, par suite d'une fausse idée qu'on se fait en général sur la valeur et l'application de la règle : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vincam;* règle qu'on traduit et paraphrase ici de la manière suivante : Si le créancier du défunt qui a usé de la séparation a un avantage sur le créancier de l'héritier, lequel l'emporte lui-même, par suite d'une cause de préférence quelconque, sur le créancier du défunt négligent ou qui s'est complétement abstenu de la séparation, à plus forte raison le premier doit-il l'emporter sur celui-ci; d'où il suit que le créancier diligent ne souffrira pas du concours de son cocréancier qui n'a pas

été aussi prévoyant et qui n'a pas usé de la séparation, abstraction faite, du reste, des causes étrangères à cette séparation qui pourraient faire préférer ce dernier.

Il ne nous sera pas difficile de montrer l'abus singulier que l'on fait, en cette circonstance, du brocard précité. Ainsi il était reconnu déjà par les anciens commentateurs que cette règle, dont nous trouvons une application dans la loi 14, § 3, D., *De divers. et temp. præscript.*, ne devait jamais être invoquée lorsque la cause de préférence entre les deux personnes n'était pas de même nature que celle entre la première et la troisième : *si non eadem ratio vincendi primi et secundi*. C'est ce que Vinnius observait aussi sur le § 3, Inst., *Ad sc. Tertull.*[1]; et Cujas[2] se moquait spirituellement de l'étrange extension qu'on donnait à cet aphorisme, en citant le sophisme posé par Androcide à Alexandre : « *Si vinum cicutæ venenum est, et cicuta homini, et multo magis vinum homini venenum est;* » déduction qu'on ne peut assurément écarter qu'en répondant : « *Non eadem vi eademve facultate agit vinum in cicutam, qua cicuta in hominem.* » Les autres commentateurs étaient généralement du même avis; leur manière de voir repose sur la rigueur des principes, et il est certain que ces principes doivent trouver une application complète dans notre matière.

En effet, la cause de préférence entre les créanciers du défunt en règle et le créancier qui n'a opposé la séparation que tardivement ou point du tout, ne serait pas la même qu'entre le créancier de l'héritier et le créancier du défunt négligent : car, entre ces deux derniers, la préférence se tirerait soit de la nature de la créance au profit du premier, soit de l'existence d'une inscription hypothécaire prise par lui, le tout selon les circonstances. La cause qui existerait au contraire entre créanciers du défunt ne dériverait que du privilége de la séparation

[1] L'application du sénatus-consulte Tertullien se trouvait entravée précisément en raison de l'impossibilité de faire agir ici la maxime en question. Ainsi dans la succession du petit-fils émancipé par son aïeul, l'aïeul qui exclut le père et le père, la mère, devait *à fortiori* exclure celle-ci, si la maxime eût été possible. Mais cela n'arrivait que si le père vivait encore et se trouvait en présence de la mère qu'il excluait toujours, ce qui évitait un circuit inutile (§ 3, Inst., *Ad sc. Tertull.*) : car lorsque la mère était seule avec l'aïeul, celui-ci était exclu par elle en vertu du sénatus-consulte Trébellien.

[2] Sur la loi 16, D., *Qui pot. in pign.*, *In lib. III*, *Quæst. Pauli*. — Cette loi est encore un exemple de la non-application de la même maxime.

qui est *sui generis*, comme on le sait; tous les créanciers du défunt (abstraction faite des privilégiés ordinaires) ont un droit égal sur la succession de leur débiteur comme ils l'avaient de son vivant sur son patrimoine : tous n'en peuvent obtenir que la portion qu'ils auraient recueillie en réalité dans le patrimoine de ce débiteur, s'il vivait encore, puisque la mort n'a pu évidemment modifier leurs prétentions respectives. La masse des biens de l'héritier serait augmentée de tous les biens du défunt, si la séparation n'avait point été exercée, et cette séparation sera impuissante à en distraire autre chose que la part afférente à chacun d'eux dans les biens du défunt : la portion de ces biens, à l'égard desquels la séparation n'a pas été opposée, ne doit donc plus pouvoir être détachée des biens de l'héritier, au profit d'un créancier qui a reçu sur les biens de son débiteur tout ce qu'il pouvait en attendre. La séparation ne s'invoque que contre les créanciers de l'héritier, et la circonstance que quelques-uns des créanciers successoraux ont compromis le droit de préférence que la loi leur octroyait, ne peut profiter qu'aux premiers à l'encontre de qui celle-ci a prescrit les formalités relatives à la conservation du droit.

« Mais, dit M. Blondeau [1], ces raisonnements tombent devant l'absurdité des conséquences auxquelles le système conduit. Car si vous admettez un créancier de la succession, qui s'est laissé primer par un créancier de l'héritier, à partager ce qu'un autre créancier de la succession a préservé du concours des créanciers de l'héritier en général, vous le réduirez à n'obtenir qu'une minime portion de sa créance, surtout si ces créanciers retardataires viennent se présenter à la contribution, pour des sommes bien plus considérables que celles que le créancier diligent a voulu sauvegarder par l'inscription; vous le forcez alors, pour éviter une perte imminente, de prendre inscription sur tous les immeubles de la succession, pour une créance qui, dans le système contraire, aurait pu être suffisamment garantie par l'affectation d'un seul immeuble. »

La réponse se trouve déjà en partie dans les arguments présentés à l'appui du raisonnement ci-dessus et auxquels ne répond pas directement la démonstration de M. Blondeau, qui s'est attaché, comme dans tout son opuscule, à faire ressortir toujours l'injustice et les inconvénients pratiques du résultat;

[1] *Op. jam cit.*, p. 182 et suiv.

et, sur ce terrain même, nous ne croyons pas qu'il soit irréfutable. En effet, la question n'est pas de savoir si le créancier obtiendra plus ou moins que ses coïntéressés, mais s'il pourra leur opposer sa diligence : car, pour sauvegarder le montant intégral de ses prétentions, il eût dû se faire donner, par le défunt, des sûretés particulières, et non pas *suivre sa foi* et par suite celle de son héritier, avec qui il était censé aussi contracter. Si d'ailleurs le créancier retardataire peut quelquefois obtenir plus que le créancier diligent, cela n'arrivera que *lorsque sa créance est supérieure à celle de ce dernier et que la somme des dettes de l'héritier est en même temps comparativement minime*. Mais si l'on ne s'attache qu'au *rapport* de ce qu'il touche à ce qui lui était dû, on s'assurera facilement que *ce rapport est toujours plus faible que celui qui caractérise les prétentions du créancier diligent*[1] ; ce qui doit satisfaire suffisamment les exigences de l'équité la plus rigoureuse. Quant au

[1] La généralité de ces deux propositions a besoin d'une démonstration; mais comme nous ne la trouverions pas dans un exemple numérique, toujours forcément restreint à une espèce particulière, nous demanderons la permission de recourir à l'algèbre, seule langue des abstractions. A ceux de nos lecteurs qui seraient tentés de nous reprocher cette introduction des procédés mathématiques dans une science qui semblerait devoir y rester étrangère, nous rappellerons que plusieurs fois de semblables applications ont été tentées, non sans fruit. (Voy. entre autres un article de M. L. Gros, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. I, p. 507 et 594.)

Soit donc s la valeur totale de la succession, d le montant des prétentions d'un créancier diligent qui a inscrit à temps son privilége, n le montant des prétentions d'un créancier négligent. On aura évidemment

$$s < d + n,$$

puisqu'on suppose la succession insuffisante pour satisfaire les parties prenantes. Appelons aussi h la somme totalisée des réclamations des créanciers de l'héritier; il faut supposer h très-considérable pour légitimer les déductions de M. Blondeau, et en général très-supérieur à $d + n$.

Cela posé, il est évident que la quote-part revenant au créancier héréditaire diligent sera représentée par

$$\frac{ds}{d+n};$$

car on doit faire abstraction ici des créances de l'héritier, puisque la séparation a été provoquée à leur égard. Par contre, celle du créancier négligent sera

$$\frac{ns}{d+n+h}.$$

Or, disions-nous au texte, il pourra bien arriver que le créancier retarda-

nombre plus considérable d'inscriptions qu'il faudrait prendre, il n'aura le plus souvent qu'un inconvénient : celui d'occasionner des frais plus considérables ; mais cette circonstance, qui se reproduit en général dans tous les autres cas de séparation, n'avait certes pas échappé au législateur, et s'il avait dû être

taire retire d'une manière absolue davantage que le créancier diligent, et qu'on ait :

$$\frac{ns}{d+n+h} > \frac{ds}{d+n}.$$

En effet, pour trouver à n une valeur-limite capable de satisfaire à cette inégalité, nous la réduirons au même dénominateur et supprimerons les diviseurs communs, ce qui la ramènera à

$$n(d+n) > d(d+n+h).$$

Effectuant les opérations indiquées et retranchant les quantités communes aux deux membres, il vient :

$$n^2 > d^2 + dh \text{ ou } n > d\sqrt{1+\frac{h}{d}}.$$

En développant ce radical, on obtiendra :

$$n > d\left(1 + \frac{h}{2d} - \frac{h}{8d^2} + \frac{h^3}{16d^3} - \ldots\ldots\right);$$

ou bien encore :

$$n > d + \frac{1}{2}.h - \frac{1}{8}.\frac{h^2}{d} + \frac{1}{16}.\frac{h^3}{d^2} - \ldots.$$

Il est clair que si n est très-grand et h très-petit comparativement à d, on peut négliger tous les termes autres que les deux premiers, et il reste

$$n > d + \frac{1}{2}h.$$

inégalité qui est vérifiée à *fortiori* si l'on retranche $\frac{1}{2}h$ du second membre.

Et ainsi se trouve démontrée la première des propositions de notre texte, où nous disions que le créancier retardataire pourra obtenir plus que le créancier diligent ($n > d$), en supposant que sa créance n soit supérieure à d, celle de son compétiteur, et que la somme des dettes de l'héritier h soit très-petite relativement à d.

— En second lieu, nous disions également au texte que le rapport de ce qui revient au créancier diligent à ce qu'il avait à prétendre, reste toujours supérieur au même rapport appliqué aux prétentions du créancier négligent. En effet, le premier rapport est :

$$\frac{\frac{ds}{d+n}}{d} = \frac{s}{d+n};$$

et le second :

$$\frac{\frac{ns}{d+n+h}}{n} = \frac{s}{d+n+h}.$$

arrêté par cette considération, à cette multiplicité d'inscriptions que pourra amener la séparation, il aurait substitué une inscription unique et collective, comme il l'a fait en matière de faillite[1] au profit des créanciers de la masse; tandis qu'il a préféré maintenir intact le double principe de l'individualité et de la spécialité. Au surplus, il est la plupart du temps assez facile de se rendre compte de l'état présumé du passif de la succession, et les dettes considérables restent rarement ignorées, parce qu'il est de l'intérêt même du créancier de les faire valoir; dans le doute, le créancier diligent n'hésitera pas à prendre le nombre d'inscriptions qu'il jugera nécessaires, fût-ce sur tous les immeubles successoraux, qui, il faut le dire, seront en fait rarement libres d'hypothèques, lorsque le *de cujus* est mort obéré. Disons seulement en passant que cette dernière considération doit rendre en pratique la séparation d'un usage assez restreint sur les immeubles.

Il faut donc le reconnaître, avec la presque unanimité des auteurs, la séparation invoquée par quelques-uns des créanciers du défunt, sur les meubles comme sur les immeubles et respectivement d'après le mode organisé par la loi pour chacune de ces catégories de biens, ne pourra jamais nuire ni profiter aux créanciers qui n'ont pas voulu s'en prévaloir. Et comme corollaire, on peut en déduire cette autre proposition qui, à présent, n'a guère besoin de démonstration, à savoir que le délai de six mois de l'article 2111 ne peut pas être invoqué entre créanciers chirographaires et créanciers hypothécaires du défunt : en ce sens que celui d'entre eux qui n'a inscrit l'hypothèque qu'après les six mois de l'ouverture de la succession, ne sera pas primé par les créanciers chirographaires du défunt, inscrits en séparation dans ce délai.

A la simple inspection, on voit bien que l'on a toujours, comme le texte l'énonce :

$$\frac{s}{d+n} > \frac{s}{d+n+h}.$$

Mais ce que cette inégalité nous montre encore, c'est qu'elle est réalisée indépendamment des valeurs que l'on attribuera à n et à d : c'est-à-dire aux deux créanciers héréditaires, et que c'est la valeur de h qui seule décidera la question d'inégalité; ce qui est tout naturel, puisque c'est précisément l'importance du chiffre des dettes particulières de l'héritier, qui doit diminuer le dividende de celui des deux créanciers du défunt qui s'est laissé par son incurie mettre sur la même ligne que les créanciers de l'héritier.

[1] C. de comm., art. 490.

132. Ces principes, passés à l'état d'axiomes dans notre matière, doivent constamment servir à régler les droits réciproques des parties intéressées. Il en résulte notamment que si un des créanciers a pris inscription dans les six mois écoulés depuis l'ouverture de la succession, un autre après ce délai, un troisième n'ayant pas inscrit du tout, ils seront tous colloqués sur l'immeuble, de telle sorte qu'ils ne pourront avoir plus que s'ils s'étaient tous inscrits à temps, sauf ensuite aux créanciers négligents de subir le concours ou la préférence, suivant les cas, des créanciers de l'héritier. Les légataires qui n'ont pas inscrit leur hypothèque sont alors assimilés à des créanciers chirographaires vis-à-vis de l'héritier; mais, vis-à-vis du défunt, ils ne pourront jamais venir qu'après eux, lors même qu'il y en aurait parmi ces derniers qui n'eussent pris l'inscription que tardivement. Mais il faut que la séparation ait été provoquée, et alors ceux-ci pourront même être préférés aux légataires qui ont inscrit l'hypothèque de l'article 1017; en quoi il n'est pas vrai de dire que la séparation n'a pas d'effet entre créanciers du défunt; mais on est conduit forcément à ce résultat par l'application de l'adage : *nemo liberalis nisi liberatus*, qui reprend toute sa force lorsque la séparation a été mise en action (V. n° 63 *in fine*).

132 *bis*. En matière mobilière les mêmes règles ont force de loi, et la solution est encore bien moins douteuse, puisqu'il n'y a pas de délai préfix pour opposer la séparation.

133. Tels sont les développements que nous avions à donner, touchant les relations entre créanciers chirographaires. Le principe d'où nous les avons déduits est tout aussi applicable, lorsque le concours s'établit entre des créanciers chirographaires d'une part, et des créanciers du défunt qui ont une cause de préférence à invoquer contre eux, d'autre part. Ainsi les créanciers privilégiés sur les meubles l'emportent sur les créanciers chirographaires qui ont usé de la séparation, dans les mêmes cas et de la même manière qu'ils l'eussent emporté s'ils se fussent trouvés vis-à-vis des créanciers de l'héritier, dont la présence ne peut altérer ces relations.

Nous en dirons autant des priviléges et hypothèques sur les immeubles. Ainsi il est inutile de s'arrêter plus longtemps sur ce point qui ne laisse plus de doute, une fois admis le principe fondamental exposé au n° 131.

134. A l'égard des causes de préférence qui exigent une in-

scription pour leur validité, quelques explications sont encore nécessaires pour écarter des difficultés qu'on a soulevées à plusieurs reprises sur le délai accordé pour s'inscrire. Un point certain, c'est que les créanciers privilégiés auxquels la loi accorde un délai de faveur pour l'inscription, ne peuvent en être déchus par cela seul que cette inscription n'aurait eu lieu qu'après le décès du débiteur, à condition, bien entendu, qu'ils soient encore dans le délai utile pour l'opérer. Ceci est incontestable, et se déduit au besoin de cet axiome admis par nous dès le principe dans cette dissertation : que la mort du débiteur ne peut changer les rapports respectifs des créanciers.

Maintenant, en sera-t-il aussi ainsi lorsque le délai est écoulé, et un créancier pourra-t-il encore se prévaloir de son privilége lorsque, ayant encore le temps de l'inscrire après la mort du débiteur, il a laissé périmer le délai que la loi lui accordait à cet effet? — Cette question n'en est véritablement pas une à l'encontre des créanciers qui ont acquis une hypothèque ou toute autre cause de préférence dans l'intervalle : tout le monde sait, en effet, qu'un privilége inscrit trop tard n'est plus qu'une hypothèque, et ne prend rang qu'à sa date ; elle ne pourra donc nuire aux hypothèques que d'autres créanciers du défunt auraient inscrites plus tôt. Il y aurait à la rigueur un certain doute sur la question de savoir s'il est permis aux créanciers de s'inscrire, après la mort du débiteur, d'une manière absolue. D'abord ceux qui voudraient acquérir une hypothèque après le décès ne le pourraient certainement plus qu'en vertu d'un contrat passé avec l'héritier, ou d'un jugement obtenu contre lui, auxquels cas ils deviendraient créanciers de l'héritier et non plus du défunt[1]. Les légataires, sous ce rapport, sont les seuls qui puissent acquérir leur hypothèque après la mort du débiteur testateur, et sur sa succession. Mais quant aux hypothèques acquises du vivant du débiteur, elles doivent pouvoir être inscrites après sa mort : l'article 2149 le suppose nécessairement, et la loi, en défendant l'inscription lorsque la succession est bénéficiaire[2], laisse entendre clairement qu'elle ne s'y oppose pas dans tout autre cas. Ces principes nous semblent aussi applicables aux priviléges. Ainsi encore ici pas grande difficulté : le créancier inscrira son privilége après la mort du débiteur, comme il peut inscrire son privilége dégénéré et toute

[1] Cass., 19 février 1818 (S., 5, I, 434).
[2] C. Nap., art. 2146.

autre hypothèque; par suite, les créanciers hypothécaires du défunt inscrits après lui en souffriront nécessairement.

Mais la difficulté commence quand il s'agit d'estimer la valeur de ce privilége dégénéré ou de cette hypothèque par rapport au privilége de la séparation des patrimoines, inscrit avant lui. Les créanciers inscrits en séparation devront-ils souffrir de l'existence d'un droit de préférence qui ne s'est révélée à eux qu'ultérieurement, et ne peuvent-ils pas invoquer l'article 2113 contre ces créanciers négligents, ou l'article 2134 contre les créanciers hypothécaires ordinaires? — Oui, ils le pourraient s'ils étaient eux-mêmes hypothécaires ou privilégiés ordinaires; mais, nous l'avons dit bien souvent, la séparation est un privilége *sui generis* qui ne s'exerce que contre les créanciers de l'héritier, et ne peut nuire à ceux des créanciers du défunt qui ne l'ont pas invoquée. Il faut donc ici écarter, au profit des créanciers du défunt, toute préférence que l'on ferait dériver d'une priorité de date entre la séparation et le privilége ou l'hypothèque invoquée par le créancier, n'importe à quelle époque ce dernier s'inscrirait : il le fera toujours utilement, sans qu'il souffre le moins du monde de l'existence de cette séparation. Son privilége sera dégénéré, cela est vrai; mais il le sera seulement à l'égard des créanciers du défunt ou de l'héritier, qui peuvent lui opposer un privilége de même nature et aussi parfait que le sien. Ce que nous disons du privilége est aussi vrai pour l'hypothèque.

§ 3. — *Des effets de la séparation entre les créanciers du défunt et ceux de l'héritier.*

185. Le but unique de la séparation étant une cause de préférence, un privilége, si l'on veut, au profit des créanciers du défunt contre les créanciers de l'héritier, sur les biens héréditaires, il s'ensuit que tant qu'il s'agit de ces biens, les créanciers de l'héritier devront toujours céder la part à leurs compétiteurs, sauf à profiter du surplus des biens que laisse disponibles le complet désintéressement de ces derniers. Ce point est constant et n'a jamais été contesté; mais ce qui l'est moins, c'est celui de savoir si la préférence qu'exerçaient sur les biens de la succession les créanciers du défunt, se transmettra aux créanciers de l'héritier sur les biens propres de celui-ci, de manière à exclure du concours tous créanciers successoraux qui n'auraient pas accepté l'héritier comme débiteur.

M. Chabot[1] est le fondateur de cette doctrine qui appelle tous les créanciers, sans distinction d'origine, au marc le franc, sur les biens de l'héritier, et à peu près la totalité des auteurs postérieurs l'ont suivi dans cette voie. Seul Marcadé[2], reprenant une opinion plus ancienne et déjà préconisée par Maleville[3], avait réfuté d'une manière victorieuse les arguments de ses devanciers. La question en était là, et semblait tranchée en faveur de l'opinion de l'éminent critique, lorsque, dans un remarquable article inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*[4], un magistrat de la Cour suprême, M. Nicias Gaillard, reprit les arguments de Chabot en combattant pièce par pièce la réfutation de Marcadé. Ce revirement dans la doctrine nécessite un examen approfondi des raisons que l'on peut mettre en avant dans cette discussion, et nous essayerons de lui donner tout le développement qu'elle comporte.

136. Écartons d'abord un point qui ne doit faire aucune difficulté; c'est que le recours sur les biens de l'héritier n'est ouvert aux créanciers du défunt que lorsque les biens de la succession sont complétement épuisés; car s'ils tentaient d'en user plus tôt, ils ne pourraient plus exercer aucun droit de préférence sur le restant de la succession : parce qu'ils seraient déchus du bénéfice de la séparation, pour avoir, par ce recours, accepté l'héritier pour débiteur[5]. Jusque-là tout est bien; mais voici qui s'éloigne déjà de notre doctrine.

Comme l'héritier en acceptant purement et simplement la succession, dit en substance M. Chabot, s'oblige personnellement aux dettes du défunt, et que l'article 878 ne semble en aucune façon avoir voulu proscrire cet axiome fondamental de la matière des dettes successorales, puisqu'il ne dit pas que la séparation demandée par les créanciers fasse perdre les droits acquis sur les biens personnels de l'héritier, il devient rationnel et conséquent de décider que son patrimoine reste le gage commun de tous ses créanciers personnels et de ceux que la transmission successorale et l'acceptation ont placés sur la même ligne. Donc, continue le même auteur, tous doivent venir au marc le franc, et une distinction entre eux n'est pas

[1] *Op. cit.*, sur l'article 878, n° 12.
[2] *Explicat. du C. civil*, sur l'article 881, n° II.
[3] *Analyse raisonnée de la discussion du Code*, sur l'article 880.
[4] Tome X, p. 193 et suiv. (livraison de mars 1856).
[5] C. N., art. 879. — V., n°s 73 et suiv., nos explications sur cet article.

admissible; si l'on a accordé ou plutôt conservé au créancier un droit de préférence, il ne s'ensuit pas qu'on ait voulu lui enlever les autres droits que l'héritier lui avait lui-même conférés sur ses biens propres; qu'on ne saurait argumenter d'une prétendue réciprocité qui transporterait au profit des créanciers de l'héritier sur son patrimoine, le droit de préférence que la séparation engendrait : cette réciprocité *n'a pas de base;* car les créanciers de l'héritier seraient malavisés de se plaindre, puisqu'ils ne sauraient avoir plus de droits que l'héritier lui-même, lequel n'en avait que sur ce qui restait déduction faite des dettes et charges.....

Il nous semble que si l'on avait réfléchi plus mûrement à tous les enseignements que l'on peut retirer des notions historiques de la matière, on ne serait peut-être pas revenu si promptement sur la manière de voir d'un des rédacteurs mêmes du Code, pour raviver à plaisir une controverse qui a divisé les jurisconsultes à une époque aujourd'hui déjà bien loin de nous. Il est superflu, croyons-nous, de reproduire ici ce débat; on le trouvera dans la première partie de ce travail (nos 25 à 28 et 37); qu'il nous suffise de rappeler que la doctrine de Papinien, qu'on veut faire revivre, n'avait pas été reçue sans difficulté dans l'ancienne jurisprudence de notre pays, mais qu'elle l'avait emporté seulement *æquitatis causa,* contre la rigueur des principes. Pothier, que les rédacteurs du Code ont copié à peu près littéralement, le disait bien formellement, et son esprit méthodique était trop timide pour être innovateur. Nous pourrions nous arrêter là; car ce serait presque répondre d'un coup à tous les arguments de M. Chabot, que ses successeurs n'ont guère fait que reproduire [1].

Mais M. Nicias-Gaillard renie complétement l'autorité de l'ancien droit, parce que, dit-il, le Code n'a pu consacrer la réciprocité, qui conduirait, elle, à une conséquence contrariée par l'article 881; c'est-à-dire que cette réciprocité ne serait autre chose qu'une séparation des patrimoines au profit des créanciers de l'héritier contre les créanciers de la succession : ce que le Code a formellement prohibé dans cet article. Nous pourrions encore répliquer avec Pothier que, dans le système

[1] Toullier, IV, 548; Grenier, *Hypoth.*, n° 437; Duranton, VII, 501; Poujol, sur les articles 878 à 881, n° 9; Vazeille, *Success.*, sur l'article 878, n° 7; Dufresne, n° 110; Malpel, *Success.*, n° 219; Aubry et Rau, § 619, texte 5° c (3e édit.); Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Succ.*, n° 1496, etc.

de l'ancienne jurisprudence qui est le sien, les créanciers de l'héritier étaient payés par préférence aux créanciers de la succession, et que pourtant ils n'étaient pas admis à la séparation [1]. La contradiction, si tant est qu'il y ait contradiction, n'est pas plus forte dans le Code qu'elle ne l'était dans Pothier, et c'était dans cet auteur qu'il fallait aller la combattre, et non pas dans notre législation, sa servile imitatrice. Mais il nous semble que déduire cette conséquence, c'est exagérer la portée de l'article 881, qui ne proscrit pas la cause de préférence au profit des créanciers de l'héritier (cause qui après tout pourrait parfaitement découler de la séparation provoquée par les créanciers du défunt) mais qui tend seulement à empêcher les créanciers de l'héritier de prendre aucune initiative de ce genre. Notre argumentation reste donc toujours entière, et prouve que cette cause de préférence continue de subsister contre les créanciers de la succession.

Mais allons au fond des choses et interrogeons les principes de la matière, nous y trouverons encore plus d'un motif pour repousser la doctrine de nos adversaires. Effectivement la séparation, si elle ne détruit pas la saisine dont est investi l'héritier, forme pourtant de son patrimoine deux masses dont l'une appartient exclusivement aux créanciers de la succession, l'autre *exclusivement* (nous insistons sur le mot) aux créanciers de l'héritier; il y a donc en réalité deux débiteurs et deux classes de créanciers : il faut donc aussi, par voie de conséquence, que les créanciers de la succession soient écartés des biens de l'héritier, comme les créanciers de l'héritier sont écartés des biens de la succession; et l'on ne peut pas soutenir que, s'il y a deux débiteurs distincts, la succession et l'héritier, les créanciers de ce dernier n'auraient aucun recours sur les biens du défunt, mais qu'au contraire la réciproque aurait lieu sur le fondement que l'acceptation de l'héritier a confondu le tout et n'a maintenu qu'un débiteur unique. C'est là une singulière position qu'on ferait à ce créancier : le oui et le non, quelque chose d'impossible, d'intolérable en tous cas! et il répondait avec raison : « Je ne puis qu'accepter la situation telle que la feront les créanciers du défunt, mais je la demande franche, complète et définitive... Vous, créanciers héréditaires, vous voulez la séparation : je ne puis m'y opposer, mais au

[1] *Des successions*, ch. V, art. 4.

moins qu'il y ait séparation... Contentez-vous des biens de votre débiteur défunt, comme je suis obligé de me contenter des biens de mon débiteur, son héritier. Ou bien, préférez-vous la confusion? L'article 881 m'empêche d'user de la séparation; mais alors nous partagerons tous ensemble au marc le franc... Choisissez! vous êtes maîtres de la situation; mais ne prétendez pas qu'il y ait simultanément séparation et confusion : séparation contre moi, confusion pour vous; deux patrimoines à mon égard et un seul au vôtre; deux débiteurs quant à moi, un seul quant à vous... »

Mais, nous réplique M. Nicias-Gaillard, vous avez tort de voir deux débiteurs là où il n'y en a qu'un, deux patrimoines là où il n'y a plus que les biens de l'héritier; « il y a bien deux « ordres de créanciers ou deux qualités de créance; il y a, si « l'on veut, deux sortes de biens, mais il n'y a qu'un débiteur: « c'est le même qui doit à tout le monde, aussi bien aux créan- « ciers qui ont eu d'abord le défunt pour obligé, qu'à ceux qui « n'ont jamais eu d'autre débiteur que l'héritier... » Pour le savant magistrat, tout cela n'est que le résultat d'une fiction légale, et c'est cette dualité perpétuelle qui est la source de nos erreurs; que cette fiction est évidemment fausse par la raison qu'il n'y a jamais qu'un débiteur et tout au plus deux classes de créanciers; qu'enfin on n'arrive après tout qu'à une inconséquence, puisque les créanciers héréditaires n'auraient jamais de recours sur les biens de l'héritier si ce dernier ne restait pas leur débiteur malgré la séparation.

Ce ne sont que des fictions légales? D'accord; mais si elles sont inutiles, si l'on ne peut ou n'ose en tirer aucune induction, à quoi bon les citer? à quoi bon même les admettre? On n'imagine des fictions, et le législateur tout le premier, que pour expliquer certaines conséquences légales injustifiables d'après les principes ordinaires et la position apparente des choses; il en est ainsi pour toutes celles que nous trouvons dans nos Codes : celle de la représentation, celle de l'effet déclaratif de propriété de partage, celle de la personnalité de la communauté, etc.; si on les reconnaît, il faut bien aussi en subir les effets. M. Nicias-Gaillard, il est vrai, soutient que la fiction, dans notre matière, est fausse et inexacte, parce qu'il ne voit qu'un héritier débiteur unique de deux catégories de créanciers. Mais nous demanderons alors pourquoi l'on fait déchoir du bénéfice de la séparation le créancier qui a accepté l'héritier pour débiteur; que

devait-il faire? Pouvait-il s'adresser à un autre qu'au seul représentant du double patrimoine? Et si l'héritier est débiteur des deux classes de créanciers, est-il rationnel de défendre à l'un ou à l'autre de faire un acte qui ne tendrait qu'à confirmer cette qualité et à resserrer ce lien que l'héritier a formé déjà par son acceptation? Il y a là une difficulté à laquelle notre adversaire n'a peut-être pas songé; et cette difficulté n'est pas imaginaire, car elle n'admet aucun moyen terme : ou il y a deux débiteurs, et toutes les règles que nous donnons doivent être acceptées, ou il n'y en a qu'un, et il faut biffer alors l'article 879 qui ne ferait plus que consacrer la plus criante injustice...! (N° 76.)

Telle est la position de la question : elle décèle dans le système opposé une inconséquence certes bien plus flagrante que celle que l'on veut trouver, bien gratuitement, selon nous, dans le nôtre, d'après lequel l'héritier ne serait pas débiteur des créanciers de la succession, et pourtant ces derniers seraient appelés à se venger sur les biens propres du premier. La séparation, avons-nous déjà dit, suspend les effets de la saisine, mais elle ne les détruit pas : elle les suspend, en ce que les créanciers de l'une ou l'autre des deux classes ne peuvent pas indifféremment se faire payer sur les biens des deux patrimoines à la fois; elle ne les détruit pas, en ce que l'héritier demeure débiteur obligé des créanciers qui ont recouru à la séparation, puisque cette séparation n'est pas dirigée contre lui, mais contre ses créanciers propres. Tant qu'il reste quelqu'un de cette dernière catégorie, les biens particuliers de l'héritier lui seront *exclusivement* réservés; mais si toutes les créances de cette nature sont soldées, les créanciers successoraux non complétement désintéressés se trouvent désormais seuls en présence de l'héritier; et c'est alors qu'il faut faire ressusciter le principe et les effets de la saisine, et qu'on peut dire que l'héritier reste tenu envers eux de les remplir de leurs prétentions non satisfaites par l'affectation des biens héréditaires.

F. DOLLINGER.

(*La suite à une autre livraison.*)

DU DROIT MUSULMAN ALGÉRIEN.

Par M. C. Frégier, président du tribunal de Sétif.

(*Suite*[1].)

Ici se présente notre troisième question : La législation musulmane est-elle tout entière dans le Koran? Non, elle n'y est pas tout entière, pas plus qu'aucune autre législation orientale ne se trouve en entier dans les livres sacrés des peuples de l'Orient! Je n'excepte pas même la législation des Hébreux, celle de toutes ces législations qui semble pourtant être descendue le plus avant dans la région des applications de la loi aux besoins de la vie matérielle et pratique.

C'est ce que démontrent sans réplique les savantes, mais trop souvent conjecturales investigations des érudits, tels que les Selden, les Menochius, les Spencer, les Michaelis, qui ont écrit sur la législation hébraïque.

En vain avons-nous demandé à leurs ouvrages un système complet de législation civile; quelques textes connus de tous, des vues ingénieuses, des présomptions plausibles, des allégations spécieuses, des divinations incertaines, en un mot des efforts admirables, mais presque toujours impuissants pour combler les lacunes des textes et les *desiderata* du jurisconsulte. Nous n'y avons pas trouvé autre chose.

Pourquoi cela? Parce que chez les Hébreux d'abord, et plus tard chez les Romains et chez les Arabes, fut dévolu aux *anciens* un rôle analogue à celui qui échut aux préteurs et aux cadis. Tout en s'inspirant des textes, la jurisprudence s'inspira des faits et des mœurs, ces inévitables tempéraments de l'équité et des nécessités de la vie pratique, et le juge humain suppléa ainsi au silence du législateur divin.

Moïse ne devait-il pas avoir reçu de la bouche de Dieu même, sur la cime du Sinaï, outre les lois écrites dans le Pentateuque, différents préceptes qu'il transmit oralement à Josué, et par Josué aux anciens, aux prophètes, aux membres du grand sanhédrin, aux rabbins leurs successeurs?

Aussi qu'arriva-t-il? Au-dessous ou plutôt à côté de la *Thoroh*, la Tradition ou la Coutume ne tarda pas de prendre place sous

[1] V. t. XXIV, p. 326.

le nom de *Mischna*, non qu'elle ne fût, suivant la signification de ce mot, qu'une loi reproduite, mais bien la loi expliquée, commentée, complétée, une loi nouvelle conservant, il est vrai, un caractère religieux, comme la Thoroh dont elle est la fille, et alliant à ce caractère quelque chose de variable, de mobile et de contingent, aussi éloigné des ordonnances religieuses de Moïse que ces ordonnances l'étaient du Décalogue de Jéhovah.

Est-ce tout? Voyez comme la loi divine du peuple divin subira elle-même, dans tout ce qui n'est pas essentiellement religieux, l'empreinte d'une législation civile et humaine! Bientôt la Mischna sera suivie de la *Ghémora*, commentaire de la Mischna, comme la Mischna l'est de la Thoroh, et plus tard la réunion de la Mischna à la Ghemara donnera le jour au *Thalmud*, œuvre indigeste comme le chaos, mélange quelquefois absurde, quelquefois très-sensé, de lumières et de ténèbres, d'enseignements sublimes et de documents ridicules, où, forme et fond, style et pensée, tout est confondu dans un incroyable pêle-mêle et dans un désordre inexprimable. Que nous sommes loin du texte, du pur texte de la loi primitive! Et qui oserait dire que ce bizarre amalgame de règles, de préceptes, de traditions, d'observances, bien que se rattachant directement ou indirectement à ce texte, participe véritablement de sa nature religieuse et sacrée?

Ainsi en sera-t-il des Douze Tables des Romains, ainsi des *Védas* des Persans, des Seoutis des Indous, ainsi encore, comme nous le verrons bientôt, de la *Sonna* des musulmans! Preuve certaine que partout et toujours, — si théocratique, si sacerdotale que soit la constitution d'un peuple, si religieuse que soit la loi, si scrupuleusement observé que soit son Code originaire, — graduellement et insensiblement, des lois, des prescriptions, des traditions nouvelles, un Code nouveau, remplacent l'ancien Code, les anciennes traditions, les anciennes prescriptions et les anciennes lois, et les dépouillent de leur cachet exclusivement religieux et divin.

Quand un peuple en vient là, dites, sans crainte de vous tromper, qu'une révolution s'est faite dans son pouvoir législatif et dans sa vie juridique, qu'à la parole de Dieu va succéder la parole de l'homme, et que les textes de sa législation originaire, si respectables qu'ils soient par leur ancienneté, par

leur caractère sacré, par leur principe divin, par l'universelle vénération dont ils sont entourés, seront tout aussi insuffisants aux exigences juridiques de ce peuple, fût-il le peuple anglais, que les *leges barbarorum* du VIe siècle de notre ère aux besoins judiciaires de nos jours.

Or, cette révolution, le droit musulman l'a subie, et la *Sonna* ou la tradition en est tout à la fois la preuve et le résultat.

Pour mettre cette vérité dans tout son jour, il n'y a qu'à dégager avec soin, sur un sujet quelconque du droit musulman, l'élément humain de l'élément divin. Dans Mahomet, il y a le prophète inspiré, il y a l'homme organisateur. L'élément divin est l'œuvre du prophète, fait partie de la religion, et comme tel semble devoir échapper à toute atteinte; mais l'élément humain est l'œuvre de l'homme, forcément soumis à toutes les fluctuations de la raison humaine, et tombe sous le coup des vicissitudes des choses de l'humanité : l'un est l'absolu, l'autre le relatif; celui-ci le nécessaire, celui-là le contingent : le texte du Koran, voilà la parole de Dieu; le texte des commentateurs, voilà la parole de l'homme, voilà la tradition. Ce sont les deux pôles du monde religieux, moral et législatif. Mais entre ces deux pôles il y a une multitude de degrés intermédiaires, parmi lesquels se placent et se développent, sous leurs phases multiples et variées, tous les produits de la liberté humaine.

De là vient, si j'ose le dire, qu'il n'est pas plus possible à la législation humaine de se transformer en législation divine, qu'un pôle arctique de notre planète de se convertir en pôle antarctique. C'est qu'il n'y a pas, c'est que dans un sens rigoureux et philosophique, et en tant qu'il s'agit du gouvernement des hommes par les hommes, il ne peut y avoir de législation purement divine ou purement humaine. Ce que nous appelons improprement ainsi n'est qu'un composé, un mélange de législation humaine et de législation divine, en un mot une législation mixte, formée dans des proportions variables, mais nécessaires, d'un élément divin et d'un élément humain, ou bien encore la même législation, mais considérée sous ses aspects les plus opposés.

De là vient encore qu'à vrai dire, et pourvu qu'on entende parler d'une législation faite pour régir les relations d'intérêts matériels ou moraux des citoyens entre eux, il n'est pas plus

exact de dire, en thèse absolue, que la loi est athée, qu'il ne le serait d'avancer que la loi est théocratique. Que serait une loi athée, sinon la négation de l'origine divine de la loi et de son caractère obligatoire? Et une loi théocratique, que serait-elle, sinon la négation de son appropriation et de son application aux choses humaines? Mais nier cette origine et cette appropriation, ce caractère et cette application, qu'est-ce autre chose que nier cet incontestable axiome : Dieu crée, l'homme modifie; Dieu fait la loi, l'homme l'applique? A Dieu le principe, à la société les conséquences.

Appliquons ces idées au droit musulman et admettons un instant que ce droit soit tout entier dans le Koran! Dirons-nous qu'il est divin comme le Koran lui-même? — Oui, si vous ne me parlez que des assises primordiales *à priori*, de ce droit; — non, si vous me parlez de ses déductions pratiques. A l'instar du Décalogue, des Douze Tables, et des Évangiles, le Koran, si l'on en excepte le droit de succession, se contente de poser le principe. Ce principe, révélé par la parole de Dieu, ce sera, si vous le voulez, la base, la source du droit musulman; mais le développement de ce principe, la déduction logique des conséquences qu'il renferme, son application complète ou partielle, rigoureuse ou équitable, dans tel cas plutôt que dans tel autre, voilà assurément ce qui n'est pas dans le Koran; voilà ce que vous ne trouverez que dans les Tétouas des jurisconsultes ou les *Kanouns* des Califes, des Sultans et des princes musulmans. Voilà enfin ce qui est purement humain!

Mais ne perdons pas de vue que nous ne raisonnons ainsi que par hypothèse : s'il n'est pas vrai que le Koran soit le Code civil des musulmans, comme il en est le Code religieux, inutile de rechercher si ses prescriptions civiles révèlent un caractère divin comme ses prescriptions religieuses.

Abordons maintenant la plus importante et la plus pratique des questions que nous nous sommes posées :

Est-il possible d'amener entre la législation française et la législation musulmane une fusion immédiate et complète, ou tout au moins un rapprochement progressif et partiel?

Nous voici en face de plusieurs préjugés non moins difficiles à détruire que celui dont nous avons parlé plus haut[1]. — Essayons de les repousser.

[1] Livraison d'avril, p. 338.

Or de tous ces préjugés, le plus profond et le plus enraciné, c'est à nos yeux co qu'on appelle l'absolue incompatibilité du droit musulman avec la loi française.

Nous l'avons dit, et, dussions-nous le répéter encore, nous ne saurions trop insister sur ce point, — né de la Bible et du Nouveau Testament, le Koran, dans sa partie profane ou, si vous aimez mieux, civile, n'a rien ou presque rien, sauf peut-être les successions et la nature du lien conjugal, qui ne puisse, dès à présent ou avant peu, se concilier avec notre Code civil.

Eh! comment n'en serait-il pas ainsi?

Les prétendus préceptes juridiques du Koran ne sont guère en matière civile que des préceptes de morale religieuse, et ces préceptes ne sont eux-mêmes que des reproductions ou des réminiscences des préceptes moraux de l'Ancien et du Nouveau Testament; mais, qui ne le sait? si par leur côté religieux ces préceptes tiennent de la religion, par leur côté purement civil ils tiennent également du droit naturel et de la loi positive.

Nous ne devons donc pas nous étonner que le droit musulman, assemblage confus de choses divines et de choses humaines, de droit divin et de droit humain, ressemble en plus d'un point à ce droit français qui, puisant tour à tour ses principes dans le droit romain, dans le droit mosaïque, dans l'Évangile et dans le droit canonique, émanation de cette eulogie juridique, et dans le droit coutumier, s'est admirablement approprié ce que chacune de ces sources du droit contient de plus rationnel et de plus conforme à la raison humaine, confirmée et développée par les enseignements révélés ou divins du judaïsme et du christianisme.

Tout ce qui, dans le droit musulman, dérive d'une autre source est transitoire, variable et local comme les circonstances qui l'ont fait naître, et conséquemment est susceptible de changer, de varier, de se modifier et même de disparaître avec ces circonstances. Le reste est une émanation de ce *droit de l'univers* dont parle Montesquieu; divin dans son origine, humain dans ses modifications, dont l'essence est de Dieu et la formule de l'homme.

Pour le prouver, il nous suffirait de comparer entre elles, d'une part, les prescriptions du droit musulman en divers lieux et à des époques diverses; d'autre part, les dispositions respectives du droit français et du droit musulman en matière

d'obligations. Sur ce point, l'un des plus importants du droit par l'universalité et la quotidienneté de ses applications, nous ne craignons pas d'affirmer que la législation française est presque identique à la jurisprudence musulmane, et que, si la première diffère en quelque chose de la seconde, il n'existe pas moins entre elles une intime affinité et une remarquable ressemblance.

Mais n'anticipons pas sur la démonstration de cette double vérité. Elle sera l'objet d'un travail spécial.

C. FRÉGIER.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

DE L'AMÉLIORATION DE LA LOI CRIMINELLE, ETC.,

2e PARTIE.

Par M. BONNEVILLE DE MARSANGY, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. J. SIMONNET, substitut du Procureur Général à Dijon, docteur en droit.

Dans un précédent article sur le système pénitentiaire irlandais[1], je rendais hommage aux jurisconsultes qui, grâce à une heureuse alliance de vues généreuses et de connaissances pratiques, mettent le législateur sur la voie des progrès légitimes. Je rappelais, à cette occasion, les travaux de M. Bonneville de Marsangy qui, depuis vingt ans, a pris l'initiative de beaucoup de réformes auxquelles ont applaudi les magistrats et les moralistes. « Quels sont, demandait l'Institut en 1797, les meilleurs moyens de fonder la moralité d'un peuple? » « C'est, répondait Destutt de Tracy, un bon Code criminel. » L'auteur du *Traité de l'amélioration de la loi criminelle*, à qui nous empruntons cette citation, s'est pénétré de cette maxime, dans son sens le plus vrai, et n'a jamais séparé l'étude de l'homme

[1] V. cet article dans la *Revue*, numéro du mois d'août 1864.

de celle des institutions ou des théories qu'il a soutenues. Témoin sa récente étude sur *la Moralité comparée de l'homme et de la femme*, dans laquelle il a su tirer des documents statistiques publiés par le ministère de la justice, des conclusions vraiment philosophiques, d'une certitude que ne donnent pas toujours les sciences morales.

Les chiffres deviennent éloquents sous la plume de ceux qui savent les interroger et les faire parler. N'est-il pas intéressant de rechercher quel est l'effet de l'éducation sur la jeunesse des deux sexes; quel est celui chez lequel le crime est le plus précoce; quelle action produit le mariage sur les mœurs publiques; si les enfants, en développant chez le père et la mère le sentiment de leurs devoirs, exercent à un égal degré sur l'un et sur l'autre leur influence salutaire?

S'il est vrai, comme le démontre l'auteur, que le nombre des garçons soumis, dans le cours d'une année, à la détention disciplinaire est double de celui des filles, que les filles condamnées avant l'âge de vingt et un ans sont en nombre inférieur à celui des jeunes gens du même âge; s'il est établi que l'on ne compte qu'une accusée sur 16,000 femmes mariées, tandis que la proportion des hommes est de 1 pour 3,000; si, en outre, sur 1,000 femmes accusées, on n'en compte que 261 ayant des enfants, tandis que sur le même nombre d'accusés, on trouve 324 pères de famille, on tirera de ces données des conclusions certaines : la femme débute plus tard dans la carrière du vice, les affections domestiques et la vie de famille développent en elle plus de vertus que chez l'homme, ou la préservent plus souvent du désordre.

Il est donc évident que les femmes sont douées d'un caractère plus faible et plus accessible que celui de l'homme aux enseignements de la morale et de la religion, aux bienfaits de l'éducation, à l'amendement. Dès lors M. Bonneville se demande si le législateur et le magistrat ne devraient pas infliger à la femme une peine moins grave que celle qu'ils infligeraient à un homme dans des circonstances identiques, de la même manière que l'on traite le mineur de seize ans ou le sexagénaire avec moins de rigueur que l'adulte[1].

Ce qui distingue les travaux de l'auteur, c'est l'art d'asso-

[1] *L'Étude sur la moralité comparée de l'homme et de la femme* a été publiée dans la *Revue*, t. XX, p. 133.

cier l'observation attentive des faits à des théories hardies; c'est l'ardeur infatigable qu'il met à les produire sous toutes les formes et le soin avec lequel il prépare l'opinion publique à les accepter. Au lieu de publier tout d'abord des traités complets, il présente chacun de ses projets de réforme dans une monographie spéciale, persuadé qu'il est qu'il ne faut pas occuper le public de questions complexes. Grâce à cette circonspection, chacune des thèses que M. Bonneville de Marsangy a élucidées, a été discutée à son heure par ceux qu'elle intéressait; et, au bout de quelques années, plusieurs vérités qui ressemblaient à des paradoxes ont fait leur chemin une à une et ont pénétré dans la législation de divers pays.

C'est une rare bonne fortune pour un publiciste d'attacher son nom à une réforme utile : beaucoup se contenteraient d'un seul succès de ce genre; or, de compte fait, aucune des nombreuses lettres de change que M. Bonneville a tirées sur les législateurs présents et à venir (c'est l'expression dont il se sert) n'a été positivement protestée; les projets sur lesquels le législateur français ne s'est pas encore prononcé ont été, pour la plupart, accueillis dans le nouveau Code pénal portugais.

Nous ne reviendrons pas sur les progrès accomplis, tels que l'institution des *Casiers judiciaires* qui fera le tour de l'Europe et qui, sans exiger un travail pénible, rend les services les plus précieux. Nous citerons encore les modifications apportées à la surveillance de la haute police, l'extension de la réhabilitation aux condamnés correctionnels, la faculté accordée au juge d'instruction de lever le mandat de dépôt, etc. Peut-être y aurait-il lieu d'examiner si la suppression de la chambre du conseil, réforme dont la proposition appartient à notre auteur, avait toute l'opportunité désirable. Peut-être en cette matière le législateur s'est-il trop préoccupé de certaines anomalies signalées dans les attributions de cette juridiction, du temps que réclamaient les rapports des juges d'instruction dans les tribunaux très-chargés. L'expérience décidera s'il convient de regretter le contrôle exercé sur l'instruction et le règlement de la procédure par une chambre dont faisaient partie deux magistrats étrangers à la procédure, ou si ce contrôle n'était qu'une gêne et un rouage inutile.

Une des réformes les plus précieuses, et que je considère comme une conquête assurée, c'est le système de la libération

préparatoire du condamné qui, pendant un temps suffisamment long, a donné des gages de son amendement. Je ne reviendrai pas sur l'examen que j'ai fait dans cette *Revue*, des heureux résultats que ce régime a produits en Irlande. L'exemple de nos voisins amènera infailliblement l'administration française à les imiter.

Les réformes que l'auteur recommande aujourd'hui à l'attention du législateur ont pour objet à la fois de prévenir les crimes, de rendre la répression plus équitable et plus efficace, et d'assurer au prévenu et au condamné reconnu innocent des garanties que la loi actuelle ne lui donne pas.

Il n'est pas un magistrat qui n'ait souvent regretté de ne pouvoir, dans l'exercice de ses fonctions, donner satisfaction aux plaintes légitimes que d'honnêtes gens, menacés dans leur personne ou dans leurs biens, viennent faire aux officiers du ministère public. Il arrive tous les jours que tel homme violent, mal famé, compromet, par des menaces plus ou moins caractérisées, la sécurité d'un paisible voisin, auquel il répugne de repousser la violence par la violence ou de porter ses griefs devant la justice.

Notre ancienne législation avait pourvu à ce besoin, et la législation anglaise l'a fait au moyen des *assurements*, c'est-à-dire en exigeant dans les cas semblables, de l'auteur d'une menace, une caution qu'il n'attentera ni aux biens ou à la personne du plaignant. On comprend que cette procédure sommaire ayant désigné à l'avance un malfaiteur à la justice, il hésitera à mettre à exécution ses mauvaises intentions. Les avertissements que donnent les parquets étant dépourvus de sanction n'ont pas l'autorité d'une mesure judiciaire qui frappe tout d'abord le coupable dans sa fortune et dans son crédit.

De même encore, ces avertissements ne peuvent, à aucun titre, tenir lieu de l'admonition répressive que M. Bonneville recommande d'introduire dans notre système pénal. Elle permettrait au tribunal, auquel il répugne quelquefois d'infliger l'amende la plus minime au délinquant inoffensif ou peu éclairé, de lui adresser une simple réprimande, en l'invitant à se montrer plus circonspect à l'avenir, ainsi que cela se pratiquait dans l'ancien droit.

Cette pénalité, j'en conviens, n'a rien d'incompatible avec le mécanisme des institutions pénales, puisqu'elle est appliquée dans plusieurs États, en Angleterre, en Italie, en Portugal, etc.

Toutefois, il ne faut pas se dissimuler qu'un pareil usage en France bouleverserait probablement le système de nos peines de simple police. On ne pourrait se refuser à l'admettre en matière de contraventions, du moment où l'admonition ferait partie de l'échelle des peines correctionnelles. Or comme les contraventions, dans un grand nombre de cas, ne supposent aucune intention coupable de la part du délinquant; comme la négligence, l'oubli, l'ignorance du règlement sont souvent la cause de l'infraction, il n'y a pas un juge de paix qui ne substituât à l'amende la simple admonition, quatre-vingt-dix fois sur cent. Vous n'y verriez pas grand mal... Cependant est-il bien certain qu'un avertissement qui ressemblerait à un acquittement (bien qu'il entraînât condamnation aux frais) serait aussi efficace que l'application d'une amende qui n'a rien de flétrissant, à laquelle l'opinion publique est accoutumée, et qu'on n'oublie pas dès qu'on l'a payée une fois?

Au nombre des mesures les plus propres à faciliter la recherche des délits et des crimes et à venir en aide à la justice préventive, il faut placer les encouragements qui peuvent déterminer les inculpés à avouer. L'auteur pense qu'il serait légitime de faire de l'aveu une véritable circonstance atténuante, ayant sur l'application de la peine une influence déterminée. Il est certain en effet, comme le dit fort bien M. Bonneville, que l'aveu est une première preuve de l'amendement du coupable, un premier pas vers sa réhabilitation. Il a d'ailleurs un prix inestimable aux yeux de la justice, puisqu'il donne à ses décisions tous les caractères de l'infaillibilité. En fait, les magistrats et les jurés tiennent compte aux inculpés de leur franchise; il n'y aurait donc aucun inconvénient à introduire dans la loi elle-même une disposition destinée à l'encourager.

L'auteur trouvera encore moins de contradicteurs, lorsqu'il propose la réforme de l'article 365 du Code d'instruction criminelle qui ne permet d'infliger à l'auteur de plusieurs crimes ou délits que la peine qu'il aurait encourue pour l'infraction la plus grave. Tous les criminalistes sont frappés de cette singulière mansuétude de la loi qui garantit le malfaiteur le plus obstiné contre les conséquences des actes qu'il peut commettre, dès qu'il s'est rendu coupable d'un crime ou d'un délit d'une certaine gravité. Il est manifeste que deux complices étant reconnus coupables au même degré d'un vol grave, et tous deux ayant mérité le maximum de la peine, il y a cependant quelque

iniquité à infliger à tous les deux la même pénalité, si, outre le crime commis en commun, l'un de ces inculpés a commis d'autres crimes ou d'autres délits. Aussi la plupart des législations étrangères ont-elles pris le parti de traiter à peu près comme un récidiviste l'auteur de ces nombreux méfaits. M. Bonneville propose, avec non moins de raison, d'ajouter à la peine encourue pour l'infraction la plus grave, soit le quart, soit la moitié du maximum de la peine ordinaire, suivant que les autres délits auraient été commis avant ou après que l'inculpé aurait eu connaissance de la poursuite.

Les modifications que M. Bonneville voudrait voir introduire dans le taux et l'application des amendes, en matière correctionnelle, me paraissent d'une utilité évidente. Il considère avec raison l'amende comme la peine par excellence, lorsqu'elle a pour objet de réprimer les calculs de la cupidité; elle frappe en effet le coupable dans sa passion même; elle a tous les avantages de la peine du talion, et il est toujours facile de la proportionner au dommage social ou privé causé par le délit. Aussi tout fait-il pressentir que, dans un avenir prochain, les peines pécuniaires, pour la plupart insuffisantes dans notre législation actuelle, seront notablement aggravées, et que les juges en feront une plus large application, à la condition de s'arrêter dans les limites au delà desquelles l'amende deviendrait une véritable confiscation.

L'auteur démontre parfaitement d'ailleurs que ce système ou cette jurisprudence n'aurait rien d'incompatible avec la suppression progressive, sinon absolue, de la contrainte par corps pour le recouvrement des amendes prononcées contre les insolvables. Il suffit, pour que l'équité soit satisfaite, que le pauvre soit frappé d'une très-faible amende; et comme, d'un autre côté, sa répression serait illusoire si la contrainte par corps ne permettait pas d'atteindre l'insolvable, la loi devrait permettre à ce condamné, ainsi que la loi forestière autorise à le faire, de se libérer par des prestations et des travaux en nature.

Dans la pensée de M. Bonneville, l'application plus large et plus fréquente des pénalités pécuniaires n'aurait pas seulement pour but de réprimer d'une manière plus équitable et plus sensible certains délits; elle permettrait de former un fonds de secours dont une partie serait attribuée aux établissements de bienfaisance et à la commune du lieu du délit; une autre partie

serait affectée, soit à la réparation des dommages causés aux personnes victimes de délits commis par des insolvables, soit au payement des indemnités que pourraient réclamer les prévenus ou condamnés reconnus innocents.

Ce système ingénieux qui remonte aux dispositions libérales du Code Léopold de Toscane, en 1786, a été adopté par le nouveau Code pénal portugais. Nous insisterons seulement sur le principe qui a dicté cette disposition et qui suppose une dette de la part de l'État envers le malheureux victime d'une erreur judiciaire. Il suppose en même temps un devoir non moins impérieux qui serait imposé à la justice, laquelle ne pourrait se refuser, *dans aucun cas*, à proclamer l'innocence du condamné, toutes les fois qu'elle serait démontrée. M. Bonneville s'est demandé, en effet, si les règles tracées par le Code d'instruction pour la révision des procès criminels ne pourraient pas être étendues à des cas nouveaux; si le condamné étant décédé, il ne serait pas possible d'organiser, au profit de ses héritiers, une procédure qui leur permît de démontrer l'innocence de leur auteur; si en tout cas la révision ne devrait pas être autorisée en matière correctionnelle.

Quant à ce dernier point, d'éminents jurisconsultes, Boitard, M. Faustin-Hélie, sont d'avis que la législation actuelle n'exclut pas la révision en ces matières; le jour où cette réforme serait demandée au législateur, il est vraisemblable qu'elle serait adoptée sans difficulté. Mais il en serait sans doute autrement des projets qui auraient pour but de créer des cas de révision en dehors des hypothèses prévues par les articles 443 et suivants du Code d'instruction criminelle, qui ont été tout récemment soumis à un examen approfondi à l'occasion de l'affaire Lesurques.

La réforme proposée aurait un double objet : elle autoriserait l'héritier du condamné à se pourvoir en révision, dans tous les cas où son auteur aurait pu le faire lui-même; la révision en outre pourrait être demandée dans tous les cas d'erreur évidente. Ces dispositions nouvelles auraient, à notre avis, pour conséquence d'ébranler le principe fondamental qui ne permet de débat devant le jury que contradictoirement avec l'accusé *présent*, et celui qui n'admet pas de juridiction de second degré en matière criminelle.

Examinons, à un point de vue purement pratique, les hypo-

thèses qui se présenteront, lorsque les modifications dont il s'agit auront été introduites dans nos Codes.

Lesurques et Duboscq, tous deux condamnés pour le même crime, ont été exécutés; Lesurques était innocent, Duboscq était le coupable. Afin de faire proclamer l'innocence du premier, la Cour de cassation renvoie les représentants de ces deux hommes devant une Cour d'assises. Le débat oral est impossible; tous les témoins sont décédés; deux avocats seront entendus; il est possible que le jury amnistie les deux mémoires et reponde par un verdict d'acquittement aux deux questions qui lui seront posées : de quel côté sera la vérité judiciaire?

Je conviens cependant que, dans le cas où un malheureux aurait été condamné sur de faux témoignages, puis exécuté, la procédure instruite contradictoirement avec un curateur à la mémoire présentera moins d'incertitudes; le jury, n'ayant à se prononcer que sur le sort d'un seul individu, n'éprouvera aucun embarras. L'article 446 peut être revisé sans inconvénient.

J'examine maintenant ce qui arriverait si tout condamné était recevable à se pourvoir en révision pour cause d'erreur. Vous aurez vainement accumulé toutes les garanties, vous n'empêcherez pas un homme de mauvaise foi de se pourvoir, et la Cour de cassation va se trouver saisie, comme une véritable juridiction du second degré, de l'examen d'une question de fait, question qu'elle décidera souverainement, par la force des choses.

Si, en effet, elle déclare qu'il n'y a pas lieu à révision, le condamné se plaindra de n'avoir pas pu soumettre à un débat contradictoire les preuves de son innocence. Si, au contraire, la Cour d'assises est saisie, qui ne pressent qu'une décision émanée de la Cour suprême, dont les arrêts ont pour eux la présomption de l'infaillibilité, pèsera d'un poids énorme sur le jury? Celui-ci, la plupart du temps, reconnaîtra, par un verdict conforme, l'innocence du condamné, et le débat contradictoire n'aura été qu'une pure formalité.

L'important, direz-vous, est d'atteindre un but louable : je le reconnais; mais au fond on aura introduit, en matière criminelle, une voie de recours qui n'a pas sa place dans l'organisation judiciaire actuelle.

Ce trouble dans le système de la loi sera encore plus grave si nous supposons que l'arrêt de condamnation a été rendu par

contumace et sera devenu définitif. Le pourvoi en révision aura pour effet de remettre en question un fait prescrit, de faire tomber un arrêt devenu irrévocable, de mettre les juges en présence de faits nouveaux qui pourront être difficilement débattus par des témoins dont la mémoire n'est pas infaillible, et qui renonceront à soutenir les griefs de l'accusation, dans la crainte d'induire la justice en erreur.

Telles sont les objections que nous ont suggérées les théories séduisantes de M. Bonneville, et qu'il conviendrait de résoudre avant que le législateur se décidât à modifier la loi actuelle.

Celles que soulève le principe d'une indemnité mise à la charge de l'État au profit des condamnés ou prévenus reconnus innocents ne sont pas moins sérieuses que les précédentes.

Ce principe ayant été admis par quelques législations, il faut croire qu'il n'est pas impraticable. J'avoue même qu'on n'aperçoit pas tout d'abord les raisons qui pourraient s'opposer à ce qu'une réparation fût accordée aux victimes d'une erreur judiciaire. Le fait de la condamnation ou de l'arrestation d'un innocent lui a occasionné un préjudice qu'il est facile d'apprécier, ne fût-ce qu'en calculant la valeur des journées de travail qu'il a perdues et les dépenses matérielles qu'il a supportées. Il existe donc une créance et un créancier. L'État, de son côté, peut-il être déclaré débiteur? Y a-t-il des inconvénients absolus à accorder contre lui une action ayant pour objet de démontrer, pièces en main, en discutant les actes d'instruction, que les magistrats ont pu agir avec irréflexion ou se sont laissé égarer par des indices peu sûrs? Une pareille réclamation n'ébranlera-t-elle pas profondément l'autorité des décisions judiciaires en général? Je conviens cependant que le fait seul de l'erreur étant établi, cette constatation suffit pour discréditer la justice, et que sa considération ne perdra rien à la réparation du mal involontaire qu'elle a occasionné : il suffira, pour atténuer l'inconvénient que je signale, de confier la direction de la procédure réparatrice au ministère public, afin de prévenir des discussions irritantes qui ne profiteraient à personne.

Les cas où une réparation sera allouée seront très-exceptionnels; les condamnations prononcées contre un innocent véritable sont heureusement fort rares, et il arrivera plus rarement encore que le condamné démontre, alors même que son innocence serait reconnue, qu'il n'a rien fait pour attirer sur lui les

soupçons de la justice, et que sa conduite a été irréprochable. Les prévenus acquittés ou relaxés en vertu d'une ordonnance de non-lieu sont, il est vrai, assez nombreux ; mais l'ordonnance ou le jugement d'acquittement qui les relaxe n'est, la plupart du temps, motivé que sur l'absence de preuves suffisantes, et il y a loin de là à une déclaration d'innocence. De même, l'accusé acquitté en vertu d'un verdict du juge et considéré comme innocent par l'opinion publique, réussira-t-il facilement à faire proclamer par une décision solennelle qu'il a été absolument étranger au fait qui lui était reproché? C'est en cette matière que surgiront les plus sérieuses difficultés.

Un exemple récent a fait voir combien il est difficile de concilier les appréciations du juge et celles de la Cour d'assises, lorsque celle-ci a été mise en demeure de se prononcer sur des intérêts civils, à la suite de l'acquittement de l'accusé. Supposons que la Cour d'assises des Bouches-du-Rhône eût été obligée de statuer sur l'innocence de l'accusé auquel je fais allusion, et de décider s'il y avait lieu de lui accorder une indemnité pécuniaire. Le refus de cette réparation eût produit sur l'opinion publique la même impression que l'adjudication des dommages-intérêts à la partie civile. Que l'on songe qu'un débat semblable s'engagera devant toutes les Cours d'assises de l'empire, et que, neuf fois sur dix, la Cour, en présence d'un verdict d'acquittement, se verra dans la nécessité de déclarer que l'innocence de l'accusé n'est pas démontrée à ses yeux. Celui-ci, se prévalant de son acquittement, sera considéré comme la victime d'un déni de justice. Il en sera à peu près de même en matière correctionnelle. Le tribunal, en renvoyant le prévenu des fins de la poursuite, refusera, la plupart du temps, de lui accorder une indemnité, et sa décision semblera contradictoire. La considération même du prévenu en souffrira, puisque, au lieu de sortir du prétoire, lavé de tout soupçon, il emportera une note défavorable. Tout inculpé se trouvera dès lors placé dans cette alternative, ou bien de s'exposer à un refus humiliant, s'il réclame une indemnité, ou bien, s'il ne la réclame pas, de reconnaître implicitement par son silence qu'il n'en est pas digne.

Telles sont les réflexions que m'a suggérées un projet de réforme qui séduit au premier coup d'œil, mais dont l'exécution exigerait des ménagements infinis.

Je n'ajouterai rien aux considérations que M. Bonneville a

émises au sujet des peines infamantes, expression qu'il voudrait voir rayer de nos Codes, à la suite de la peine du carcan, de l'exposition, de la marque, qui en ont successivement disparu.

Il a su, en outre, résumer, en vrai moraliste, les controverses que soulève cette solennelle question du maintien ou de l'abolition de la peine de mort. Il met en parallèle, d'un côté, la justice absolue de cette suprême expiation, l'intérêt social qui la réclame encore; de l'autre, la douceur de nos mœurs, les scrupules de la conscience, les exemples donnés par les États plus favorisés, qui, grâce au caractère de leurs habitants, ont pu faire disparaître cette peine de leur législation criminelle. Il en conclut que s'il est désirable que nous arrivions au même but, et s'il ne faut jamais le perdre de vue, il ne convient pas de demander une solution aux théories radicales et incomplètes ou aux mouvements irréfléchis du cœur. Le jury, en usant avec discernement de la faculté d'accorder des circonstances atténuantes, le souverain, en usant largement du droit de grâce, suppriment de fait la peine de mort, toutes les fois que la conscience publique y répugne. Le jour où elle aura définitivement parlé, et où les progrès de la moralité le permettront, l'échafaud ne se relèvera plus.

On le voit, le livre dont nous avons cherché à donner une analyse est fécond en enseignements : les plus graves questions du droit pénal y sont traitées avec une expérience et un talent éprouvés; elles y sont présentées sous une forme tantôt éloquente tantôt familière; les faits y sont rapprochés des théories; des citations heureuses, fruit d'une érudition variée, donnent un tour nouveau et piquant aux matières les plus arides. Les objections que nous nous sommes permis de faire à quelques-unes des propositions de M. Bonneville de Marsangy n'ôtent rien à la valeur morale de son livre; la discussion de ses doctrines ne peut profiter qu'à la vérité qui ne se montre pas à tous les esprits sous les mêmes aspects. J. SIMONNET.

DISCOURS DE CLOTURE D'UN COURS PUBLIC DE DROIT ÉCONOMIQUE

PROFESSÉ AU HAVRE;

Par M. CAUMONT, avocat.

Compte rendu par M. L. M. DE VALROGER, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Il y a quelques semaines une circulaire de M. le ministre de l'instruction publique provoquait l'ouverture de cours libres dans la province pour y répandre le goût et la connaissance de la littérature et des sciences. M. Caumont avait à l'avance réalisé cette pensée au Havre, où il a fait, à l'hôtel de ville, avec éclat et succès, un cours de droit économique. La brochure qui fait le sujet de ces lignes est un discours de clôture qui caractérise l'esprit de son enseignement.

Le but de l'économie politique est le progrès. Mais M. Caumont repousse l'idée d'un progrès purement matériel; il veut en même temps le progrès moral. Il s'est attaché à montrer l'accord de la morale et de la religion avec les lois économiques que la science proclame.

Toute l'économie politique roule sur la production, l'échange et la consommation des richesses. La production est le fruit du travail et du capital; or la religion suscite le travail dans lequel elle montre une loi de l'humanité. La moralité développe l'épargne, c'est-à-dire la formation du capital. Elle prévient des consommations déréglées qui dérangeraient l'équilibre économique. En mettant la justice dans les échanges, elle favorise le commerce.

Il y a donc une harmonie bien démontrée entre la morale et l'économie politique. La morale elle-même a sa base et sa sanction dans la religion. Par des notes mises au bas des pages, M. Caumont a fait ressortir la concordance de nos livres saints avec les principes d'une saine économie politique. Il a ainsi réfuté ceux qui présentent notre religion comme l'ennemie du progrès.

Il y a un double mérite à M. Caumont d'avoir fait entendre ces hautes vérités dans une ville où l'activité commerciale serait si propre à tourner les esprits vers la préoccupation exclusive du progrès matériel. L. M. DE V.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

RÉCENTS ARRÊTS SUR LES SUBSTITUTIONS

DE EO QUOD SUPERERIT.

Si j'avais à établir que la vraie raison de la prohibition des substitutions n'est pas sans influence sur la solution des difficultés pratiques, je crois que je choisirais la question de la valeur de la substitution *de eo quod supererit*. Dans cette substitution, tout est-il nul? La loi frappe-t-elle et l'institution principale et les sous-institutions, ne frappe-t-elle au contraire que les sous-institutions en respectant l'institution principale? Ne valide-t-elle point la disposition tout entière et ne protége-t-elle point en même temps que l'institution principale les sous-institutions?

Ce n'est pas là un problème spéculatif et qu'on puisse dédaigner sous prétexte qu'il est oiseux. Nos tribunaux ont trop souvent à le résoudre pour qu'on soit tenté de le tenir pour indigne d'attention. Il réunit à l'importance doctrinale l'importance d'application. Il est dominé par un brocard sur l'origine duquel on s'étonne qu'il y ait un désaccord : *Donner et retenir ne vaut*. Quel est le fondement de ce brocard? il est difficile de le trouver dans une qualité nationale et je suis bien d'avis que Guy Coquille nous flatte quand il nous en attribue l'origine. Il ne procède pas uniquement « *du naturel des vrais Français qui est de faire franchement et à cœur ouvert, sans retenir à couvert.* » Ce n'est pas parce que les Français ne veulent rien faire *à demi* qu'ils ne peuvent donner *à demi*, c'est parce que donner à demi, ce n'est pas donner. On ne peut pas saisir ou gratifier et rester saisi.

J'admets bien encore qu'il ne faut pas dire avec Eusèbe de Laurière que le brocard a été introduit originairement *en faveur*

des donateurs afin que connaissant la perte qu'ils vont faire ils soient moins faciles à se dépouiller.

Non, il n'est pas le signal d'un péril, un conseil de prudence, un instrument d'alarme. Peut-être n'est-il pas une création législative; peut-être s'impose-t-il? Mais je ne conclus pas encore et j'expose les explications. Argou, dont un jurisconsulte moderne a adopté l'explication, affirme que le brocard a eu pour but de conserver les biens dans les familles; il indique au donateur, non pas dans son intérêt, mais dans l'intérêt des siens, que s'il se dépouille, il fait un sacrifice actuel irréparable, un sacrifice dont il ne souffrira pas seul lui-même, mais dont souffriront sans retour et sans remède ses héritiers du sang. Dans le droit coutumier la quotité disponible par testament était beaucoup plus restreinte que la quotité disponible par donation entre-vifs. C'est parce que la quotité disponible était plus étendue entre vifs qu'on a inventé le brocard *donner et retenir ne vaut*, afin de retenir les donateurs sur la pente des libéralités, et pour les arrêter par une bonne maxime qui fût un épouvantail. Le brocard n'est qu'une mesure préventive; c'est une œuvre artificielle due à une inspiration de prudence politique. Je crains que cette conclusion d'une certaine philosophie du droit n'ait pris l'effet pour la cause et par suite la cause pour l'effet. Si nos coutumes permettaient en général de disposer des quatre quarts des propres c'est parce qu'en raison de la maxime : *Donner et retenir ne vaut* elles redoutaient peu des dispositions par lesquelles le donateur, en préférant le gratifié à ses héritiers, le préférait aussi à lui-même. Nos coutumes n'ont pas imaginé et en quelque sorte fabriqué le principe comme un remède; elles l'ont reconnu comme une vérité indépendante d'elles, et sur la foi de cette vérité, qui était une *vérité vraie*, elles ont admis que le testament toujours révocable était moins dangereux qu'une donation irrévocable. La prohibition des substitutions n'est qu'une application de la maxime *donner et retenir ne vaut.* Donner c'est se dépouiller, ce n'est pas garder; donner c'est substituer une souveraineté étrangère à sa propre souveraineté. La souveraineté ne serait pas un droit; elle ne serait pas la plus grande des libertés, elle serait la servitude, si elle enchaînait celui auquel elle appartient. Donc le souverain peut transmettre sa souveraineté; il n'est pas comme emprisonné dans ses liens. Mais ce que le souverain ne peut

pas faire c'est transmettre la souveraineté et la garder. Or il garderait la souveraineté, en dépit de la donation, si après avoir disposé du bien au profit du gratifié, il en disposait encore pour le compte du gratifié, et, malgré lui, au profit d'autres gratifiés. La disposition qu'il a faite, qui est le meilleur et le plus décisif témoignage de sa souveraineté, l'épuise. Transportée au propriétaire que le disposant a fait, elle cesserait d'être la souveraineté si elle n'était pas entière et définitive. C est parce que le gratifié est saisi qu'il est propriétaire, qu'il a et doit fatalement avoir tous les avantages et toutes les prérogatives de la propriété. La souveraineté de l'ancien propriétaire ne peut pas survivre à la transmission qu'il a faite; en d'autres termes, elle ne peut pas s'exercer simultanément et successivement plusieurs fois.

A la lumière de ces idées, il semble qu'il est bien facile de se faire une opinion sur l'efficacité de la substitution *de eo quod supererit.* N'y a-t-il pas un point qui s'annonce comme à l'abri de controverse? Lorsqu'un donataire ou un légataire est chargé de restituer à un second gratifié ce qu'il aura conservé, il est incontestablement privé du droit de choisir, pour le bien qui lui a été donné ou légué, son successeur. Il n'a donc pas eu une entière et définitive souveraineté sur l'objet de la donation ou du legs. Il n'a pas été complétement et irrévocablement saisi. Le donateur ou le testateur ne s'est pas pleinement et définitivement dessaisi. S'il a donné, il a retenu, et s'il a légué il a retenu, ce qui est encore plus singulier et plus exorbitant; il a retenu au profit d'un successeur posthume qu'il a substitué au successeur qu'il n'avait adopté qu'*à demi*. Il a fait dans la réalité une donation ou un testament pour autrui; il a enlevé à son gratifié le droit de tester, et le droit de tester est une prérogative essentielle du droit de propriété, c'est-à-dire d'une des plus importantes libertés individuelles qui n'est restreinte que par des obligations ou envers les ascendants ou envers les descendants [1]. Sans doute on peut discuter le point de savoir

[1] Pour échapper à cette difficulté, un auteur enseigne que le premier gratifié demeure libre, malgré la substitution *de eo quod supererit* de disposer des biens, objet de la double libéralité, non-seulement à titre onéreux, non-seulement à titre gratuit entre-vifs, mais même par testament, et il assimile le droit du second gratifié, si tant est que ce soit encore un droit, au droit de retour légal de l'ascendant donateur. (V. l'art. 951 C. Nap.)

si la nullité de la sous-institution entraîne la nullité de l'institution principale. Nous croyons avoir démontré que, par des motifs qui ne sont pas subordonnés à une volonté législative mais qui doivent primer cette volonté, la disposition d'un bien exclut une succession de dispositions par le même auteur; mais nous reconnaissons que nous n'avons pas établi que dans une disposition à titre gratuit, c'est-à-dire dans une disposition qui exclut la pensée que le disposant a voulu obtenir l'équivalent de ce qu'il transmet, la condition illicite doit vicier la libéralité et la faire tomber parce qu'elle en est inséparable.

Cette question est très-distincte de la première, et sa solution n'est plus une de celles que commande la raison; elle est subordonnée à une appréciation d'utilité, de convenance sociale; elle est livrée à la prudence du législateur. Ici les textes, que nous écartions tout à l'heure, vont reprendre toute leur autorité et tout leur empire. L'article 896 du code Napoléon doit seul être interrogé, parce que c'est à lui qu'appartient la réponse.

Pourquoi, dans l'article 896, la loi s'est-elle écartée de l'idée qu'elle avait écrite dans l'article 901, à savoir qu'une libéralité a pour cause une pensée de générosité, et que par suite, malgré le retranchement de la condition illicite qui la grève, elle n'est pas dénuée de cause, et doit dès lors être maintenue? Pourquoi a-t-elle transporté aux substitutions le principe de l'article 1172, qui ne semble bien approprié qu'aux dispositions à titre onéreux? Est-ce parce que, sans s'exposer à faire mentir l'intention du disposant, on ne saurait séparer les sous-institutions de l'institution principale? Il convient d'abord de remarquer qu'il ne s'agit pas de purger une libéralité d'une charge qui la souille et qu'on ne doit pas facilement présumer, et dans laquelle on ne doit pas facilement voir la considération déterminante, une cause supérieure à l'inspiration généreuse. Il s'agit de libéralités diverses; c'est-à-dire de la mesure de la générosité à l'égard de chacun des gratifiés, et chacune des libéralités, prise en elle-même, est un acte licite; pourquoi donc l'une d'elles aurait-elle la préférence et entraînerait-elle l'immolation de toutes les autres? D'un autre côté, la charge de conserver et de rendre grève les biens d'indisponibilité, impose l'inertie et la stagnation et paralyse l'activité humaine, investit le propriétaire apparent d'un crédit factice et menteur, donne à l'insolvabilité le masque de la prospérité et surprend

la foi publique. L'annulation de la charge, en brisant le lien légal, ne briserait pas nécessairement le lien moral, et le dépositaire, non pas devant la loi, mais devant sa conscience, resterait astreint à la loi du dépôt. Entre les prescriptions de l'honneur et les prescriptions législatives, que ferait-il? La loi suppose qu'il lui désobéirait, et pour lui épargner cette désobéissance, elle lui enlève le dépôt; elle supprime ainsi la raison de la lutte. Pour le soustraire au conflit, elle lui soustrait violemment le bien donné ou légué. Cette solution ne peut se justifier que par l'intérêt social.

Si ces considérations sont exactes, quelle sera la destinée de l'institution principale et des sous-institutions dans la substitution *de eo quod supererit?* Ce n'est pas à la philosophie du droit que nous devons demander les motifs de décision. Nous devons interroger la volonté législative. L'institué principal a le droit d'aliéner entre vifs. Il n'est pas grevé de l'obligation de conserver. Il ne rendra que s'il conserve; donc les biens ne sont pas indisponibles; ils ne sont pas une source de déceptions et un piége; ils sont un gage sérieux et efficace, et si le grevé s'oblige, il oblige le bien dont la conservation ne lui est pas imposée. Les inconvénients et les dangers qui font annuler les institutions principales, en même temps que les sous-institutions, ne se présentent donc pas. Mais la volonté libérale du disposant peut-elle être scindée? Comment, dans ses affections, distinguer celles qui sont secondaires, celles auxquelles il a attaché le moindre prix? Cette inquisition conjecturale, nous dirions presque divinatoire, n'offre-t-elle pas beaucoup de chances d'erreur? Le jeune appelé, qui ne doit venir que le second, n'inspirait-il pas au disposant tout autant d'attachement, un attachement plus vif peut-être, que le premier appelé, plus âgé, qui ne devait être qu'un gardien? Sous ce second rapport, l'institution principale laisse quelque prise aux objections. Cependant le disposant a laissé le second appelé à la discrétion du premier appelé. Le premier appelé n'est pas seulement le premier dans l'ordre successif, il est le premier par l'étendue des pouvoirs; il a plus qu'un rôle prépondérant; il a un rôle dominateur. Il a presque tous les attributs de la souveraineté; il ne lui manque presque que le droit de désigner lui-même son successeur. Je crois que la charge de rendre ne tombe que sous l'application de l'article 901. Elle

constitue une restriction antipathique au droit de propriété dont le premier appelé a été investi. Le premier appelé a trop de pouvoirs pour qu'on dise que le disposant a donné et retenu; il a été véritablement et sérieusement saisi. La limitation n'eût pas été écrite si le donateur ou le testateur en eût connu l'inefficacité. Il y a là une question d'intention, et sa solution n'alarme aucun intérêt d'ordre public.

La théorie que je défends n'est pas celle qui prévaut. Je ne comprends l'hésitation qu'entre, d'une part, la nullité radicale de l'institution et des sous-institutions et, d'autre part, la nullité des sous-institutions seulement. Mais la jurisprudence et la doctrine ont d'autres tendances; elles paraissent s'accorder pour valider et l'institution principale et les sous-institutions. Je ne veux pas multiplier les citations; je me borne à indiquer deux récents arrêts de la cour de cassation du 11 février 1863 (Sir. Car. 63, 1, 204) et 3 mars 1864 (Sir. Car., 64, 1, 167, Dalloz périodique, 64, 1, 214). Ces arrêts comptent de nombreux précédents, et leur solution a des défenseurs très-autorisés. Ces défenseurs sont frappés des avantages de la substitution *de eo quod supererit*. Ils la recommandent, comme un bon expedient, notamment à l'époux qui prédécède sans enfants pour préférer à sa famille personnelle son époux survivant et pour préférer sa famille aux héritiers de son époux Ils considèrent qu'un usufruit pourrait n'être pas assez et que la propriété avec tous ses attributs serait trop. Le dernier mourant des époux ne sera donc pas usufruitier; il sera plein propriétaire, moins le droit de faire lui même son testament. Le disposant stipulera le retour de ce qui restera de ses biens à tel ou tel gratifié. Il disposera donc deux fois, simultanément par le titre, successivement par l'exécution, de la même chose au profit de deux successibles de son choix et le droit du second appelé ne prendra naissance qu'au moment de l'extinction du droit du premier appelé et au décès de celui-ci. Mais cette souveraineté qui ne s'épuise pas par son plein exercice, c'est-à-dire par le choix d'un nouveau titulaire, cette souveraineté qui se double en quelque sorte pour se survivre à elle-même, n'est-elle pas contraire à tout droit? N'est elle pas incompatible avec l'essence de la propriété? Je sais bien qu'on dit que le second appelé devra être né ou au moins conçu au moment de la donation, s'il s'agit d'une donation, né ou conçu au moment du

décès du testateur, s'il s'agit d'un testament. On applique l'article 905 du code Napoléon. On ajoute que s'il s'agissait d'une substitution, la capacité, même l'existence, ne seraient exigées qu'au décès du premier appelé. Je vois bien qu'ainsi on corrige, on tempère au moins le vice de la théorie. Mais j'insiste et je demande si le second appelé qui doit être capable au moment de la donation ou de l'ouverture du testament, ne doit pas être capable encore au moment du décès du premier appelé. Si l'on me répond affirmativement, je dis qu'il y a l'ordre successif que la loi prohibe, qu'il y a la disposition totale ou partielle de deux successions, et j'affirme qu'il y a une substitution, une substitution dont l'institution principale est susceptible peut-être d'être validée parce que la substitution est incomplète, mais dont la sous-institution au moins constitue une illégalité.

Que si l'on déclare qu'on n'exige pas que le second appelé survive au premier appelé, je m'empresse de reconnaître que la charge de rendre, non pas à des survivants, mais à des donataires ou légataires saisis sous une condition suspensive, du jour de la donation ou du jour du décès du testateur, ne constitue pas une substitution. Cette charge est valablement imposée par l'acte entre-vifs qui constitue une double donation conditionnelle. Il y a deux donataires, l'un sous une condition résolutoire, l'autre sous une condition suspensive dépendant du même fait qui n'est pas un fait potestatif du donateur et qui a même vis-à-vis du donataire dont le droit est résoluble un caractère mixte. Dans cette hypothèse il n'y a pas un premier et un second appelé, il y a deux appelés sous une condition, et l'appelé sous une condition suspensive a pu transmettre son droit par succession *ab intestat*, par donation, par testament; il a pu le transmettre à titre onéreux comme à titre gratuit avant l'événement de la condition.

Mais une pareille disposition ne peut pas être faite par testament parce qu'aux termes de l'article 1040 du Code Napoléon, toute disposition testamentaire faite sous une condition dépendant d'un événement incertain et telle que dans l'intention du testateur cette disposition ne doive être exécutée qu'autant que l'événement arrivera ou n'arrivera pas, sera caduque si l'héritier institué ou le légataire décède avant l'accomplissement de la condition.

Donc le légataire sous condition suspensive doit survivre

au donataire ou au légataire sous condition résolutoire, et alors le légataire de *eo quod supererit* est inévitablement substitué.

Je ne demande pas ce que deviennent les réservataires du grevé, dans le cas de la substitution *de eo quod supererit*. La réserve, c'est l'affectation d'une partie de la fortune du *de cujus* à l'exécution d'obligations dont le titre n'est pas l'œuvre de sa volonté. Les créanciers de cette réserve auraient-ils, dans le système que nous combattons, des droits supérieurs aux droits du sous-institué? Les biens restant de la substitution devraient-ils être compris dans la masse pour le calcul de la quotité indisponible? La question ne se présente pas dans notre système, puisque nous annulons la sous-institution. Elle ne se présente pas non plus dans le système radical qui annule et la disposition principale et la sous-institution.

A. BERTAULD.

DU CONTRAT DE COLONAGE.

Par M. J. Latreille, juge de paix du canton de Montaigu (Tarn-et-Garonne).

SOMMAIRE.

I. Question : nature et principes du contrat de colonage.
II. Solutions diverses proposées depuis le droit romain.
III. Inadmissibilité et insuffisance de ces diverses solutions. — Nécessité d'une solution nouvelle.
IV. Le contrat de colonage est un contrat mixte, composé de bail à ferme, de louage d'industrie et de société.
V. Principes que le contrat de colonage emprunte au bail à ferme.
VI. Principes que le contrat de colonage emprunte au louage d'industrie.
VII. Principes que le contrat de colonage emprunte à la société.
VIII. Importance relative de chacun des trois éléments qui constituent le contrat de colonage.
IX. Législations étrangères.
X. Variations et limites du contrat de colonage.
XI. Conclusion.

I. Bien qu'on ait longuement disserté sur la nature du contrat de colonage, on se demande encore s'il faut le considérer comme un bail à ferme, ou comme un contrat de société.

C'est un bail à ferme, suivant les uns, parce que les règles de ce contrat lui sont applicables, et que c'est d'ailleurs sous le titre du Louage que le législateur a placé les articles 1763, 1764 et 1771, les seuls du Code Napoléon qui s'occupent des colons partiaires, pour les distinguer des fermiers. Ces articles, au reste, disent formellement que le contrat de colonage est un bail, et que le colon est un preneur : « Celui qui cultive sous « la condition d'un partage de fruits avec le *bailleur*, est-il « écrit dans l'article 1763, ne peut ni *sous-louer* ni céder si la « faculté ne lui en a été expressément accordée par le *bail*. » — « En cas de contravention, ajoute l'article 1764, le propriétaire « a le droit de rentrer en jouissance, et le *preneur* est con- « damné aux dommages-intérêts résultant de l'inexécution du « *bail*. » — « Le fermier, dit l'article 1771, ne peut obtenir de « remise lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont « séparés de la terre, à moins que le *bail* ne donne au propriétaire une *quotité de la récolte en nature*, auquel cas le propriétaire doit supporter sa part de perte, pourvu que le *preneur* « ne fût pas en demeure de lui délivrer sa *portion de récolte*. »

C'est un contrat de société, suivant les autres, parce qu'il a pour résultat un partage de profits, et qu'il remplit toutes les conditions posées dans les articles 1832 et 1833 du Code Napoléon, ainsi conçus : « La société est un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes conviennent de *mettre quelque* « *chose en commun*, dans la vue de *partager le bénéfice* qui « pourra en résulter. — Chaque associé doit apporter, ou de « l'argent, ou d'autres biens, ou son *industrie*. »

II. La question n'est pas nouvelle. Plusieurs passages du Digeste établissent que les jurisconsultes romains s'en préoccupèrent, et virent dans le contrat de colonage une société ou une quasi-société.

Gaïus, parlant de la remise d'une partie du prix du bail, au cas de perte par force majeure d'une portion de la récolte, expliquait que le colon à moitié fruits n'avait aucun droit à une indemnité de cette nature, parce qu'il partageait avec le maître aussi bien les pertes que les profits, en vertu de la quasi-société qui existait entre eux. Sa décision est devenue la loi 25, § 6, D., *Locat. cond.* : « *Partiarius colonus, quasi societatis jure, et damnum et lucrum cum domino partitur*. »

La loi 52, § 2, D., *Pro socio*, donne aussi à penser que les jurisconsultes romains voyaient une société dans le contrat qui nous occupe : « *Si, in coeundâ societate, artem operamve pollicitus est alter, veluti cùm pecus in commune pascendum, aut agrum politori damus in communi quærendis fructibus.....* »

Cujas et Bartole subirent l'influence de ces textes, et ils enseignèrent que le bail à portions de fruits était un contrat de société.

« *Tertio nota*, dit Bartole, sur la loi *Si merces, quod inter colonum partiarium et dominum non est propria locatio, sed societas. Nam dominus ponit terram, et alius operas in quærendis fructibus.* »

« *Cum partiario colono*, dit Cujas, sur la loi 13, § 1, D., *Præscript. verb., non contrahitur locatio, sed societas; nam locatio fit mercede, non partibus rei.* »

Fachin, Ferrière, etc., suivirent les mêmes errements.

« *Inter colonum partiarium et dominum*, dit Fachin, liv. Ier, ch. 82, *locationis contractum, propriè non est, sed potiùs societatis.* »

Ferrière enseignait également que le colonage était *une espèce de société* (*Dict. de prat.*, v° *Admodiateur*).

D'un autre côté, le président Favre, Coquille, Balde et d'autres, protestèrent contre cette assimilation trop complète du colonage à la société, et soutinrent qu'il y avait tout au moins lieu de reconnaître une grande affinité entre le bail à ferme et le bail à portion de fruits.

« *Ego fateor quidem*, disait le président Favre sur la loi 25, § 6, D., *Locat. cond., ex locato conducto agi non posse, cùm non sit locatio, non interveniente pecuniâ; sed nego agi posse pro socio, cùm non sit verè, sed similitudinariè tantùm, contractus societatis. Negari enim non potest quin contractus hic de colono partiario, licet non sit locatio, magnam tamen habeat similitudinem et adfinitatem cum locatione, majoremque quàm cum societate, quæ per solam lucri et damni communionem inducitur.* »

Ce sera donc, ajoutait Coquille, un contrat innomé, *ad instar locationis*. Le bailleur et le métayer n'ont pas voulu *entrer en négociation*.

Pothier s'inquiéta peu de ces disputes, et, dans son *Traité du louage*, il se borna à mentionner le bail à portion de fruits,

comme un cas particulier du bail à ferme. « Quelquefois, « dit-il, les héritages *s'afferment* pour une portion aliquote des « fruits qui se recueilleront; ces sortes de *baux* s'appellent « baux partiaires. » (1re partie, chap. 1er, sect. 2.)

Est-ce pour copier Pothier que le Code civil s'est contenté de faire mention du colonage dans trois articles du titre du louage?

L'exposé des motifs du conseiller d'État Galli, chargé de soutenir le projet devant le Corps législatif, fournit à ce sujet des renseignements précieux.

« Le bail à colonage, » disait l'orateur du gouvernement, « forme une espèce de société où le propriétaire donne le fonds, et le colon, la semence et la culture, chacun hasardant la portion que cette société lui donnait aux fruits. Dans ces sortes de contrats, comme disent les praticiens, *electa est industria*. Le colon partiaire étant celui *qui terram colit non pacta pecunia, sed pro rata ejus quod in fundo nascetur, dimidia, tertia, etc.*, il est bien clair que c'est là le cas d'*electa industria*. Pour labourer mes terres, pour les exploiter, j'ai choisi l'adresse, la capacité de telle personne, et non de telle autre. Je vendrais bien à qui que ce soit un héritage pourvu qu'il me le paye ce que j'en demande; mais je ne ferais pas un contrat de colonie partiaire avec un homme inepte, quelques conditions onéreuses qu'il fût prêt à subir, et quelques avantages qu'il voulût m'accorder. »

Le tribun Mouricault obéissait à la même inspiration lorsqu'il disait dans le rapport qu'il lut au tribunat, au nom de la section de Législation, dans la séance du 14 ventôse an XII, « la raison de cette différence de droits résulte de ce que le colon partiaire est une sorte d'associé, et qu'il est de principe, en matière de société, que personne n'y peut être introduit sans le consentement de tous les associés. »

Quant au tribun Jaubert, chargé de présenter au Corps législatif le vœu du tribunat, il ne prononça que cette phrase, en apparence peu importante, mais dont nous ferons profit plus tard. « Le fermier traite par spéculation, au lieu que le colon partiaire n'engage ses soins que pour se procurer sa subsistance. »

C'est en cet état que la question s'est posée devant les commentateurs du Code Napoléon, et elle n'a pas reçu la même solution de la part de tous.

Les uns soutiennent, avec M. Duvergier, que le contrat de colonage est un bail à ferme, soumis aux règles du louage, sauf quelques exceptions.

Les autres veulent, avec M. Troplong, que le bail à portion de fruits soit une société, bien qu'il tienne au bail à ferme par d'étroites affinités, et que, par analogie, on soit souvent conduit à lui appliquer les règles de ce dernier contrat.

D'autres, enfin, venus plus tard, avec M. Marcadé, ont pris un moyen terme, et ont enseigné qu'il n'y avait exclusivement ni bail, ni société, mais bien mélange de ces deux contrats.

La jurisprudence, après quelques incertitudes, paraît se rapprocher de cette dernière opinion, et si M. Troplong a pu tirer avantage de deux arrêts de la Cour de Limoges du 21 février 1839, et du 6 juillet 1840 (Sirey, 32, 2, 406), qui déclaraient que le colonage était une société, on peut se prévaloir aujourd'hui d'un arrêt de la même Cour du 26 août 1848 (Sirey, 49, 2, 321) qui a renoncé à ses premiers errements, et d'un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 août 1850 (Sirey, 50, 2, 477), qui déclare que le bail à portion de fruits participe à la fois du bail à ferme et de la société, etc.

Mais ce n'est pas seulement en France que l'on a essayé de fixer la nature du contrat qui nous occupe.

Le Code civil Autrichien a cru trancher la question par une disposition impérative. Son article 1103 ordonne d'appliquer au bail à portion de fruits les règles de la société, à l'exclusion de celles du louage.

Mieux inspiré, le Code Sarde a consacré un chapitre entier au bail à métairie. Il en a posé avec soin les règles essentielles (art. 1785 et suivants), en le rattachant étroitement au bail à ferme, et il a reproduit ainsi, d'une manière plus heureuse encore, la pensée de la Cour de Lyon, qui voulait qu'on insérât dans le projet de Code civil quinze articles destinés à réglementer le colonage.

Les solutions, comme on le voit, sont nombreuses; mais aucune d'elles n'a reçu cette approbation générale qui est le privilége de la vérité. Tout est obscur d'ailleurs en cette matière, et la pratique cherche en vain, pour se guider, des principes certains.

Faut-il considérer le bail à portion de fruits comme une société, ou comme un bail à ferme?

Doit-on y voir plus tôt la réunion de ces deux contrats, dans des proportions qu'il serait essentiel de déterminer?

Ne peut-on pas éviter de le ranger, avec Coquille, dans la classe des contrats innomés?

III. Le choix ne saurait être plus embarrassant, car on rencontre des questions que ni l'un ni l'autre des systèmes proposés ne peuvent résoudre. Par exemple : le contrat de colonage doit-il prendre fin par la mort du propriétaire et par celle du colon?

Si le contrat de colonage est un bail à ferme, il faut décider qu'il survit au propriétaire aussi bien qu'au colon, et qu'il ne prend fin ni par le décès de l'un ni par le décès de l'autre, conformément aux dispositions de l'article 1742, qui déclare que le contrat de louage n'est résolu ni par la mort du bailleur ni par celle du preneur.

Si, au contraire, le colonage est une société, il y a lieu de faire application de l'article 1865 : « La société finit par la mort naturelle de quelqu'un des associés, » et de décider que le contrat est résolu tant par le décès du propriétaire que par le décès du colon.

Or ces deux solutions sont également inadmissibles. Le bon sens répugne à ce que le contrat de colonage doive finir par la mort du propriétaire, et la pratique n'a jamais admis qu'il pût survivre au colon. Sans s'inquiéter des embarras de la théorie, les métayers savent très-bien qu'il leur importe peu que le maître meure, et que ses héritiers se présentent à sa place pour partager la récolte; tandis qu'il est hors de doute pour eux qu'à leur mort un arrangement sera nécessaire entre le maître et leur famille. Si le maître pense que les héritiers puissent continuer l'exploitation, il les subrogera, s'ils y consentent, aux droits de leur auteur. Que si le maître ne veut pas accorder à la famille la confiance qu'il n'avait donnée qu'au colon, il payera aux héritiers la valeur du travail fait avant le décès, et la famille sortira de la métairie. La pratique n'éprouve pas le moindre embarras à décider ainsi que le contact de colonage prend fin par la mort du colon, mais non par celle du propriétaire.

Qu'importe, en effet, pour le colon que le propriétaire meure? Qu'importe pour la stricte exécution du contrat? Le colonage

est un mode d'exploitation inhérent au domaine, qui n'est nullement atteint par le changement de maître, et qui doit persister tant que restent le colon et la propriété. Au surplus, personne n'a soutenu que le contrat pût être résolu par le décès du propriétaire.

Il ne saurait en être de même à l'égard du colon. Sa mort laisse le domaine sans culture, et le maître est immédiatement obligé de pourvoir à la continuation de l'exploitation. Nul, d'ailleurs, n'a le droit de mettre, dans une obligation, un objet à la place d'un autre, et le maître, qui n'a traité que pour la capacité, le travail et l'industrie de son colon, ne peut être tenu d'accepter malgré lui le travail et l'industrie d'un autre.

Au reste, le Code ne l'a-t-il pas lui-même reconnu, en décidant (art. 1763 et 1764) que celui qui cultive sous la condition d'un partage de fruits ne peut ni sous-louer, ni céder, sous peine de résolution avec dommages-intérêts, parce qu'il n'est pas permis à l'une des parties de changer l'objet du contrat sans le consentement de l'autre?

Peut-on en douter, surtout, en présence du langage du tribun Mouricault, et du conseiller d'État Galli, que nous avons rapporté? Évidemment, il n'y aurait pas *industria electa*, si le maître était obligé, soit par une cession que ferait le colon, soit par l'effet de son décès, de prendre un métayer qu'il n'aurait pas choisi, et qui ne lui inspirerait aucune confiance.

Quelque rationnelle, néanmoins, que paraisse cette manière de décider, elle n'a pu être admise par les auteurs, parce qu'elle est en contradiction avec la nature qu'ils ont voulu assigner au contrat de colonage.

Bartole et Godefroy, partisans du système qui tendait à faire du bail à métairie un contrat de société, étaient d'avis que ce contrat expirait au décès du colon, parce que la société finit par la mort de l'un quelconque des associés; mais la difficulté pour eux était d'expliquer pourquoi cette même société n'était pas dissoute par la mort du propriétaire.

Coquille et le président Favre, qui, sous prétexte de contrat innomé, ne voyaient guère qu'un bail à ferme dans le bail à portion de fruits, soutenaient que ce dernier contrat ne prenait fin ni par le décès du propriétaire, ni par celui du colon, et pour échapper à l'argument capital de l'*industria electa*, ils ne trouvaient rien de mieux que de la nier : « Le labourage et la

nourriture du bétail, » disait Coquille, « ne sont chose d'industrie exquise, et la fonction en est vulgaire, commune et aisée. » Coquille, d'ailleurs, laissait voir le peu de solidité de son système, puisqu'il admettait une exception pour le cas où les héritiers du colon étaient mineurs et incapables de continuer l'exploitation.

Zachariæ et Duvergier ont été conséquents avec leurs principes quand ils ont voulu appliquer l'article 1742 au contrat de colonage, qui n'est, à leur avis, qu'un bail à ferme. Ils n'ont pas même admis l'exception, cependant obligée, de Coquille.

M. Troplong seul enseigne que le contrat de colonage prend fin par la mort du métayer, et n'est nullement atteint par celle du propriétaire. Le contrat qui nous occupe étant avant tout, aux yeux de ce jurisconsulte, un contrat de société, il est naturel qu'il ne le continue pas après la mort du colon, d'accord sur ce point, comme sur l'ensemble de sa théorie, avec Cujas et Bartole; mais son argumentation n'est peut-être pas irréprochable quand il dit que ce n'est que par une exception formelle que l'article 1865, qui dissout la société au décès de l'un quelconque des associés, n'est pas applicable au propriétaire, et que ce n'est que par l'effet de semblables exceptions que les sociétés commerciales peuvent durer après le décès des actionnaires anonymes ou commanditaires. Outre que les exceptions sont de droit étroit, et que la loi n'a nulle part formulé celle dont il s'agit ici, il faut reconnaître que le propriétaire doit plutôt être comparé à un associé en nom collectif qu'à un actionnaire, avec d'autant plus de raison que ceux qui suivent l'opinion de M. Troplong le font d'ordinaire gérant de la Société.

IV. Le contrat de colonage a donc certaines règles qui diffèrent autant de celles des baux à ferme, que de celles des sociétés, et, dès lors, il devient impossible de le considérer comme un cas particulier de l'un ou de l'autre de ces contrats, ou comme un mélange de leurs éléments divers. Il est juste, sans doute, de reconnaître qu'il emprunte quelques règles aux baux à ferme, et qu'il a avec eux des points communs, comme aussi qu'il aboutit à une communauté de fruits, et que la société lui prête quelques-uns de ses principes; mais ces deux éléments ne suffisent pas pour expliquer sa véritable nature,

et il nous paraît nécessaire d'en signaler particulièrement un troisième, dont la pratique subit l'équitable influence, mais que la doctrine n'a peut-être pas assez mis en lumière.

Dans le contrat de colonage, il y a non-seulement bail à ferme et société, mais encore et surtout *louage d'ouvrage et d'industrie*.

On peut définir le bail à colonage un contrat par lequel un propriétaire *donne un domaine* à *cultiver* à un colon sous la condition d'un *partage de fruits*.

Le propriétaire donne son domaine à faire valoir : donc il y a fermage.

Le colon doit, non pas jouir comme dans les baux à ferme ordinaires, mais simplement cultiver, sous l'œil, sous le contrôle, et jusqu'à un certain point sous la direction du maître : donc il y a louage d'ouvrage et d'industrie.

Les fruits doivent être partagés : donc il y a société.

Dans ce système, il nous sera facile d'établir qu'il y a lieu d'appliquer au contrat de colonage les dispositions suivantes contenues dans les articles 1795 et 1796 du Code Napoléon : « Le contrat de louage d'ouvrage est dissous par la mort de l'ouvrier ou de l'entrepreneur; mais le propriétaire est tenu de payer en proportion du prix porté par la convention, à leur succession, la valeur des ouvrages faits, et celle des matériaux préparés, lors seulement que ces matériaux et ces travaux peuvent lui être utiles. »

Le président Favre, Coquille, et ceux qui suivirent leur doctrine, faisant du contrat de colonage un contrat innomé, furent un moment sur la voie. Pour arriver à établir, contrairement à l'opinion de Cujas et de Bartole, que le bail à métairie n'était pas exclusivement une société, ils recherchèrent quelle était l'intention des parties au moment du contrat, et ils enseignèrent que le colon ne poursuivait dans sa part de fruits que le salaire de son travail, tandis que le propriétaire continuait, pour ainsi dire, la jouissance de son domaine, sans en aliéner les produits, et en se contentant d'en céder une portion pour le travail. Pourquoi se bornèrent-ils à conclure de ces recherches que le contrat de colonage était un bail à ferme, et comment ne proclamèrent-il pas qu'il y avait, avant tout, entreprise de travail, c'est-à-dire louage d'ouvrage et d'industrie!

Les paroles du tribun Jaubert que nous avons déjà citées : « Le fermier traite par spéculation, au lieu que le colon par- « tiaire n'engage ses soins que pour se procurer sa subsis- « tance, » sont conçues dans le même ordre d'idées, et indiquent très-nettement la distance qui sépare le colon du fermier, en expliquant que le colon se borne à louer ses services pour vivre, tandis que le fermier spécule sur des profits éventuels et aléatoires.

M. Troplong lui-même reconnaît que le colon n'examine en traitant que si la métairie est bonne ou mauvaise, si les terres sont fertiles ou ingrates, si les produits pourront récompenser son travail, etc. Il n'est point question de profits ou de pertes ; il ne s'agit que du salaire d'un travail, du prix d'un louage d'ouvrage.

Parce qu'on partage des produits, il ne faut pas dire que l'on est nécessairement et uniquement associé. Que de fois, au lieu de payer en argent le salaire d'un travail, on abandonne à l'ouvrier une portion de ce qu'il doit produire!

Si je charge un pêcheur de prendre avec ses engins le poisson de mon étang, moyennant une quote-part du produit de la pêche, je n'ai pas pour but de former une société. Je donne un travail à l'entreprise, et je paye en nature au lieu de payer en argent.

Si ayant besoin de pierres pour une construction, je charge un carrier d'en extraire dans ma propriété, à la condition de partager les produits de l'extraction, je lui paye son travail, et il n'est pas possible de dire qu'il y a société avant tout.

On ne s'associe pas non plus avec les août̂erons et les métiviers, simples ouvriers à la tâche, qui lèvent les récoltes de blé moyennant un huitième du produit constaté sur l'aire, et qui se chargent de tout le travail d'été des maïs pour un sixième de ce qu'ils produisent en grains. Les août̂erons sont des ouvriers, et non des associés.

Il en est de même quand on donne du bois à couper pour une partie des fagots, des peupliers à émonder pour une quote-part des émondes, une vigne à tailler pour une portion du sarment, un taillis à défricher pour la moitié des souches, etc., etc. Dans ces divers cas, il y a avant tout entreprise de travail.

Ainsi en est-il du contrat de colonage.

Ce contrat n'est, à proprement parler, ni un bail à ferme, ni un louage d'ouvrage, ni une société; c'est un contrat spécial qui ne contient en entier aucun de ceux que nous venons de mentionner, mais qui emprunte à chacun d'eux quelques-uns de ses éléments pour former un ensemble *sui generis*.

On aperçoit très-clairement comment le bail à ferme, le louage d'ouvrage et la société concourent à constituer le bail à portion de fruits qui dès lors est un contrat mixte; mais il devient nécessaire de préciser quelle est la part d'influence qui doit être faite à ces divers éléments, et quels sont les principes qu'il faut emprunter à chacun d'eux afin d'arriver à formuler dans leur ensemble les règles du contrat de colonage.

V. Et d'abord en quoi le colonage participe-t-il de la nature et des principes du bail à ferme?

Le louage des choses, dit l'article 1709 du Code Napoléon, est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire *jouir* l'autre d'une chose pendant un certain temps, moyennant un certain *prix*, et le contrat prend le nom de bail à ferme, ajoute l'article 1711, quand il a pour objet un *héritage rural*.

En rapprochant cette définition de celle du bail à métairie, on trouve qu'elles se ressemblent sous ce rapport que l'une et l'autre s'appliquent à un héritage rural, à un domaine livré par le propriétaire pour un certain temps en vue de la culture; mais il y a ces deux différences que, dans le bail à ferme, le domaine est donné à *jouir*, moyennant un *prix fixe*, tandis que, dans le contrat de colonage, il n'est donné qu'à *cultiver* moyennant une *portion des fruits*.

Toutes les règles des baux à ferme devront donc s'appliquer au colonage partiaire, à l'exception de celles qui se rapportent à la *liberté de la jouissance* et à la *fixité du prix*.

Les règles des baux à ferme qui sont le résultat de la liberté de jouissance accordée au fermier, devront être remplacées par les dispositions correspondantes du louage d'ouvrage et d'industrie, parce que, en ce qui concerne la jouissance, le colon n'a que le rôle d'un ouvrier ou d'un entrepreneur exécutant moyennant salaire un travail déterminé, et ne peut être assimilé au fermier qui spécule à sa guise et fait tous les fruits siens. Seulement la nature du salaire, dans l'espèce dont nous nous occupons, réagira sur les principes du louage d'industrie

et les combinera parfois avec quelques-uns de ceux de la société.

Les règles des baux à ferme qui sont le résultat de la fixité du prix, devront être remplacées en général par les dispositions correspondantes du contrat de société, parce que, en ce qui concerne le prix, le colon ne peut être assimilé au fermier, ce dernier donnant toujours un prix fixe, soit en argent, soit en nature, tandis que le colon partage les fruits avec le propriétaire comme le ferait un associé.

Il est dès lors facile de préciser quelles sont les règles des baux à ferme que l'on doit appliquer au contrat de colonage, et quelles sont celles qu'il faut remplacer par les dispositions correspondantes du louage d'ouvrage ou de la société. Traçons-en très-sommairement le tableau.

Le bail à portion de fruits, d'abord, devra se former comme le bail à ferme, et subir le même droit, soit qu'il y ait titre authentique, soit qu'il n'existe aucun écrit. Le domaine est livré au colon comme au fermier, et les mêmes règles doivent régir la forme et la validité des actes destinés à constater cette remise (art. 1714, 1715, 1716).

Il en est à peu près de même des règles relatives au congé, à la tacite réconduction et à l'expiration du contrat (art. 1736 à 1740 et 1774 à 1776). Le projet de la Cour de Lyon employait le plus grand nombre de ses articles à établir cette assimilation.

Les obligations du propriétaire sont identiques, soit qu'il ait un colon, soit qu'il ait un fermier. Il doit toujours délivrer la chose, l'entretenir, et faire jouir paisiblement le preneur des droits que son contrat lui donne, ainsi que le prescrivent les articles 1719 à 1727 du Code Napoléon, avec cette différence néanmoins que la jouissance qu'il doit procurer au fermier est plus large que celle qu'il doit garantir au colon. Dans l'un et l'autre cas, il doit mettre le preneur en mesure de jouir dans les limites de son contrat.

Quant au preneur, qu'il soit colon, qu'il soit fermier, il doit jouir ou cultiver en bon père de famille (art. 1728 et 1729), exécuter les clauses du contrat fixées par le titre ou par l'usage (art. 1766), engranger dans les lieux à ce destinés (art. 1767), avertir le propriétaire des usurpations que l'on ne peut connaître qu'en jouissant ou qu'en cultivant (art. 1768),

rendre le domaine dans l'état où il l'a reçu (art. 1730, 1731), et répondre des dégradations et des pertes qui arrivent par son fait personnel, ou par le fait des personnes de sa maison (art. 1735).

Le contrat de colonage se résout, comme le bail à ferme, par la perte de la chose, et par le défaut du propriétaire et du preneur de remplir leurs engagements (art. 1741).

L'acquéreur du domaine peut expulser le colon, comme le fermier, lorsqu'il n'y a pas titre ayant date certaine (art. 1750), et lorsque le titre, s'il en existe, réserve ce droit au propriétaire (art. 1743). Dans ce dernier cas, les articles 1744 et 1749 peuvent donner au colon, comme au fermier, des droits incontestables à une indemnité, mais dans une mesure différente.

Le colon et le fermier ne peuvent emporter ni les pailles ni les engrais, et ils doivent, en sortant, laisser à ceux qui leur succéderont dans la jouissance ou dans la culture du domaine, toutes les facilités nécessaires pour les travaux de l'année suivante, de même qu'ils doivent, en entrant, donner à ceux qui les ont précédés les facilités nécessaires pour les récoltes et les travaux restant à faire, suivant l'usage des lieux (art. 1777, 1778).

Enfin, le colon est soumis, comme le fermier, à la juridiction du juge de paix, dans les cas prévus par les articles 3, 4 et 5 de la loi du 25 mai 1838, c'est-à-dire en ce qui concerne les congés, les indemnités pour non-jouissance provenant du fait du propriétaire, les indemnités pour dégradations commises par le colon, et les réparations locatives. Le contrat de colonage ne différant pas, quant à ces divers objets, du bail à ferme, il est naturel que la même juridiction soit appelée à connaître des contestations qui peuvent s'élever.

Telles sont, en résumé, les règles communes au bail à ferme et au contrat de colonage. Il nous reste à signaler les principales différences.

Tout d'abord, nous devons faire remarquer que le fermier peut sous-louer (art. 1717), parce qu'il a la libre jouissance du domaine, tandis que le colon, qui n'est qu'un entrepreneur d'ouvrage, doit se soumettre aux dispositions de l'article 1763 du Code Napoléon : *electa est industria.*

Les mêmes motifs veulent que le fermier puisse être rem-

placé, en cas de décès, par ses fils ou ses héritiers (art. 1742), parce que pour lui la jouissance est libre, et que le propriétaire n'a qu'à toucher le prix du bail, soit des mains du fermier, soit des mains de ses héritiers, tandis que le colon, entrepreneur d'ouvrage, soumis aux dispositions de l'article 1794, ne peut être remplacé sans le consentement du maître.

Il est moins facile de décider si la responsabilité du colon est aussi étendue que celle du fermier, et si la présomption légale de faute établie contre ce dernier par les articles 1732, 1733 et 1734 du Code civil est applicable au colon. On ne peut disconvenir que les deux situations ne soient différentes. Dans le bail à ferme, le propriétaire est, pour ainsi dire, entièrement exclu de son domaine, et ne conserve aucune surveillance, en telle sorte qu'il n'a aucun moyen de prévenir ou d'éviter les dommages, les dégradations, les pertes, les incendies, et qu'il ne lui est pas possible de savoir et de prouver quels en sont les auteurs. Aussi la loi vient-elle à son aide, et lui donne-t-elle, comme unique moyen de conserver sa propriété, cette présomption légale dont nous parlons. Dans le colonage, au contraire, le propriétaire n'est pas exclu du domaine, il en conserve toujours la surveillance, et souvent la direction. Pourquoi, dès lors, lui attribuer en principe, même dans le cas où il réside sur les lieux, le privilége exorbitant d'une présomption légale dont rien n'établit la nécessité. L'impossibilité d'une surveillance a été le seul motif des articles 1732 et 1733, on ne peut donc faire application de ces deux articles que lorsque toute surveillance est impossible. On comprend très-bien qu'en ce qui concerne le logement du colon et de sa famille, aussi inviolable que celui du fermier, la jurisprudence tende à accorder au propriétaire, en cas d'incendie, le bénéfice de la présomption légale de faute, parce qu'il n'a, quant à ce logement, aucun moyen de surveillance, et que la jouissance en est aussi libre pour le colon que pour le fermier. Mais on ne comprendrait pas que ce privilége fût étendu, sans nécessité, aux parties du domaine que le propriétaire a le droit de surveiller, et surveille effectivement.

On ne comprendrait pas non plus qu'on voulût appliquer au contrat de colonage les dispositions de l'article 1765 du Code Napoléon, qui donne au fermier le droit de faire diminuer le prix, quand la contenance réelle est trop au-dessous de la conte-

nance exprimée. Dans un bail à prix fixe, il y a toujours entre la contenance et le prix une corrélation telle que l'une doit faire varier l'autre. Mais dans le colonage, où il n'y a point de prix fixe, la même corrélation n'existe pas. Le colon, néanmoins, pourrait être frustré si le maître ne lui donnait pas tout le terrain, tout le bétail, tous les locaux, tous les fourrages promis, et, dans ce cas, son salaire étant exposé à diminuer et à devenir insuffisant, il aurait contre le propriétaire, comme dans le louage d'ouvrage, une action en dommages-intérêts pour se faire indemniser de ses pertes, sans préjudice du droit de demander la résiliation du contrat, s'il y avait inexécution des conditions essentielles.

On trouve encore une différence entre le contrat de colonage et le bail à ferme dans les dispositions des articles 1744 à 1748, qui donnent au fermier, avec une indemnité égale au tiers du prix du bail, le droit de ne sortir qu'un an après avoir été prévenu, lorsqu'il y a dans le titre réserve formelle d'expulser en cas de vente, sans stipulation de dommages-intérêts. Le contrat de colonage n'étant pas consenti, comme le bail à ferme, pour un grand nombre d'années, mais pour une année seulement, ou tout au plus pour autant d'années qu'il y a de soles, on devra suivre les règles ordinaires des congés, qui fixeront le plus souvent un délai moins long que celui de l'article 1748. S'il y avait lieu à une indemnité, elle serait arbitrée par experts.

C'est une importante question pour le fermier que celle de la diminution du prix, au cas de perte d'une partie notable de la récolte (art. 1769, 1770, 1771); mais, dans le contrat de colonage, cette question ne peut être soulevée : le propriétaire et le colon supportent la perte en commun, comme deux associés, et ils ne partagent que ce qui reste.

Il est à peine besoin de faire remarquer que le paragraphe final de l'article 1728, qui oblige le fermier à payer le prix du bail aux époques convenues, doit être remplacé, pour le colon, par les articles du Code civil qui règlent le partage entre associés.

Quant à l'obligation d'avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds, elle est moins étendue pour le colon que pour le fermier. Celui-ci remplaçant le maître, qui n'a plus aucune surveillance, est rigoureusement tenu de lui faire con-

naître les usurpations que seul il peut constater; mais le colon, placé en face d'un maître qui a le droit de surveiller son domaine, n'est tenu de le prévenir que de ce qui ne peut s'apprendre qu'en cultivant. Le maître doit veiller au reste autant que le colon.

Enfin nous ferons observer que la loi du 3 frimaire an VII, le décret du 9 janvier 1814 et l'article 9 de la loi du 19 avril 1831, qui obligent les locataires et fermiers à payer, à l'acquit des propriétaires, la contribution foncière des immeubles qu'ils tiennent à ferme ou à loyer, sauf à retenir le montant des quittances sur le prix du bail, ne saurait atteindre le colon partiaire. Celui-ci ne pourrait retenir le montant des quittances, puisqu'il ne doit pas de prix. Il ne représente pas d'ailleurs le propriétaire, et il ne fait pas les fruits siens.

VI. Après avoir ainsi exposé sommairement jusqu'à quel point le contrat de colonage participe de la nature et des principes du bail à ferme, nous devons examiner, très-sommairement aussi, ce que ce même contrat a de commun avec le louage d'ouvrage et d'industrie.

Dans le colonage, le colon se charge de la culture d'un domaine moyennant une portion de fruits.

Dans le louage d'ouvrage, l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu (art. 1710).

L'un et l'autre de ces contrats ont pour objet une entreprise d'ouvrage moyennant salaire; mais il y a deux différences à noter : la première consiste en ce que le *prix* du louage d'industrie est ordinairement *fixe*, tandis que le colon, trouvant sa rémunération dans une *portion de fruits*, semble, sous ce rapport, être un associé; la seconde tient à ce que le colonage comporte toujours *remise et prise en main d'un domaine*, ce qui lui donne une ressemblance avec le bail à ferme.

Cette seconde différence est, à vrai dire, plus apparente que réelle. Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à exécuter un travail quelconque pour l'autre : cette définition est générale, et s'applique à tous les cas, comme à tous les travaux que l'on peut faire pour autrui. Le contrat de colonage, au contraire, ne s'applique pas à toute sorte d'ouvrage; il n'a pour objet que les travaux de culture à

exécuter sur les propriétés rurales pour en recueillir les fruits. Ce dernier contrat n'est donc, sous ce rapport, qu'un cas particulier du louage d'ouvrage, et il n'y a pas entre eux d'autre dissemblance que celle qui distingue le genre de l'espèce.

Quant à la première différence dont nous avons parlé, elle est plus profonde et capitale. Le louage d'ouvrage veut un prix fixe et déterminé, soit en argent, soit en nature. Le contrat de colonage rejette cet élément essentiel du louage d'industrie, pour le remplacer par un partage de produits éventuels et variables. Sur ce point donc le contrat de métairie diffère essentiellement du louage d'ouvrage.

La question de savoir quelles sont les règles du louage d'industrie qu'il faut appliquer au contrat de colonage est, dès lors, facile à résoudre. Ces règles, contenues soit dans le chapitre 3 du contrat de louage, soit dans les articles du titre des Contrats et obligations conventionnelles qui se rapportent à l'obligation de faire, établissent tantôt des principes généraux, tantôt des dispositions spéciales applicables à certains ouvriers, ou à certains travaux seulement. Or, s'il est évident qu'il y a lieu d'appliquer au contrat de colonage les principes généraux du louage d'industrie et de l'obligation de faire, il est incontestable aussi qu'on ne saurait le soumettre aux règles édictées pour des cas autres que le sien. Par exemple, on doit, conformément aux dispositions générales des articles 1795, 1796 et 1797, décider que le bail à métairie est dissous, comme le louage d'ouvrage, par la mort de l'ouvrier, sauf payement du travail déjà fait utilement, et que le colon, véritable entrepreneur, répond des personnes qu'il emploie; mais on ne saurait appliquer à ce contrat, ni les articles 1798 et 1799 concernant les maçons, charpentiers et autres ouvriers du même genre, ni les articles 1782 et suivants applicables aux voituriers seuls, ni les articles 1787 à 1790, qui ne s'occupent que des travaux particuliers à exécuter sur une certaine matière pour la transformer, etc.

Le contrat de colonage a néanmoins, lui aussi, ses règles particulières dépendantes de la nature du travail confié au colon, et ce sont justement ces règles qu'il emprunte au bail à ferme, basé, comme le colonage, sur la prise en main d'un domaine.

Il résulte de ce qui précède que le contrat de colonage est un cas particulier du louage d'ouvrage, et qu'il n'en diffère

que par le partage de produits qui remplace le prix fixe ordinaire. Nous avons déjà eu occasion de dire que le contrat qui nous occupe n'était pas le seul louage d'ouvrage stipulant une quotité de produits au lieu d'un prix déterminé, et nous avons parlé des août̂erons qui lèvent la récolte des céréales pour un huitième ou un sixième du grain, des carriers qui extraient la pierre pour une partie du moellon, des défricheurs qui défoncent un taillis ou une vigne pour une portion du bois, etc., etc. Cette différence dans le mode de payement ne suffit pas néanmoins pour faire perdre au louage d'industrie son caractère essentiel et particulier pour l'assimiler au contrat de société. C'est un louage d'ouvrage mélangé de société, et il ne s'agit que de savoir quelles sont les règles que le premier de ces contrats emprunte au second.

VII. Nous sommes ainsi amenés à examiner quelles sont les ressemblances et les différences qui existent entre le colonage et la société.

Dans le colonage, le propriétaire donne au colon son domaine à cultiver moyennant une portion des fruits.

Dans la société, deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Ces deux contrats ont pour résultat un partage, mais il existe entre eux deux différences qu'il est essentiel de constater.

Dans la société, les associés, égaux entre eux, *spéculent* pour avoir un *bénéfice* qu'ils n'auraient pas eu seuls, et qu'ils partageront. Dans le colonage, au contraire, les deux parties, loin d'être égales, conservent la position de maître à subordonné, avec des droits différents et des obligations différentes, et il n'entre dans leur traité ni spéculations ni bénéfices : le colon n'a d'autre but que d'obtenir une juste *rémunération de son travail*, et le maître n'abandonne une partie du revenu de son domaine qu'à titre de *salaire*, à l'égard de celui qui le remplace dans le travail dont il est naturellement chargé.

D'un autre côté, le contrat de colonage comporte *prise en main* d'un domaine, comme le bail à ferme, mais non *mise en commun*, comme la société.

Le bail à portion de fruits n'emprunte donc à la société que les règles qui se rapportent au partage final et aux droits né-

cessaires que la perspective de ce partage attribue d'avance aux futurs copartageants.

Il est hors de doute que toutes les règles de la société ne peuvent être appliquées au contrat de colonage. Ceux-là même le reconnaissent qui veulent néanmoins que le colonage soit une société. Et, sans vouloir entrer dans de grands développements à ce sujet, nous ferons remarquer quelle serait la situation du tuteur en face du colon, si le colonage était exclusivement une association.

Le tuteur peut faire exploiter les domaines dont il a l'administration, au nom de son mineur; mais si le contrat de colonage est une société, on ne peut donner au tuteur le droit de traiter avec un colon, sans reconnaître qu'il peut former une association dans l'intérêt du mineur. N'est-ce pas aller trop loin? Le tuteur, simple administrateur, peut-il soumettre les biens de son pupille aux chances d'une société?

A la vérité, on a soin de préciser que le propriétaire, ou celui qui le remplace, n'apporte dans la société qu'une jouissance; mais il faut bien compter avec l'art. 1852 qui donne à tout associé une action contre la société, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle et des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour son compte, mais encore à raison des risques inséparables de la gestion. Or ces risques pourraient-ils être assumés par un tuteur? N'y aurait-il pas à craindre que dans certaines circonstances ils n'atteignissent une valeur trop considérable, par exemple dans le cas où le colon se blesserait grièvement, sans imprudence de sa part, en travaillant aux cultures?

Évidemment le contrat de colonage n'emporte jamais acceptation d'une pareille responsabilité. Le propriétaire n'entend courir aucun autre risque que ceux de force majeure qui peuvent menacer les produits du domaine. Le maître et le colon n'ont l'un contre l'autre que des actions directes, sans que jamais vienne s'interposer entre eux une troisième personnalité : la société. Et si des accidents surviennent, le maître n'en répond, à l'égard du colon, que dans des limites du louage d'industrie.

A première vue, il semble difficile de distinguer très-nettement le louage d'ouvrage de la société.

« Le louage d'industrie, dit M. Troplong (*Société*, n° 45),

« présente des analogies délicates avec le contrat de société. « Dans le louage d'industrie, le travailleur veut se procurer le « prix de ses soins. Dans la société où l'un des associés ap- « porte son industrie, celui-ci entend aussi obtenir la récom- « pense de son travail. »

Mais en examinant avec attention les sociétés dans lesquelles l'un des associés n'apporte que son industrie, on aperçoit la trace de deux contrats : il y a tout à la fois louage d'ouvrage et société.

Si deux ou plusieurs personnes mettent des biens meubles ou immeubles en commun pour se livrer à des spéculations qui procureront des bénéfices, elles formeront une société pure.

Si parmi ces associés s'en glisse un autre qui n'apportera que son industrie, il y aura encore société entre tous, et les uns à l'égard des autres ne pourront être considérés que comme des associés; mais il y aura aussi louage d'ouvrage entre la société et l'associé qui ne fournira que son industrie.

En dédoublant ainsi le contrat qui se forme lorsqu'un industriel n'apporte que son travail dans une société, on se rend aisément compte des analogies que M. Troplong déclare avec raison délicates.

Les sociétés dont nous parlons donnent lieu à des contrats mixtes, et le louage d'ouvrage est un de leurs éléments. De là des ressemblances très-naturelles entre ces sociétés et le louage d'industrie qui entre dans leur composition.

Et si le louage d'ouvrage pénètre ainsi jusque dans la société, comment refuser de reconnaître qu'il entre aussi dans le contrat de colonage, même lorsqu'on soutient que ce dernier contrat n'est qu'une société? En supposant que le bail à portion de fruits fût exclusivement une association dans laquelle l'une des parties n'apporterait que son industrie, on ne pourrait contester qu'il n'y eût louage d'ouvrage en même temps que société.

Néanmoins il y a mieux encore, et le louage d'industrie entre beaucoup plus dans le contrat de colonage que dans la société. L'associé qui n'apporte que son industrie est ouvrier loué à l'égard de la société, mais non à l'égard de chacun des associés individuellement; tandis que le colon est toujours ouvrier, même par rapport au propriétaire auquel il est lié.

VIII. En résumé, nous pouvons dire que le contrat de colonage est un contrat mixte, composé de bail à ferme, de louage d'ouvrage et de société, et qu'il donne lieu à la tradition et à la prise en main d'un demaine, comme le bail à ferme, à une entreprise de travail, comme le louage d'industrie, et à un partage de produits, comme la société; en telle sorte qu'il participe à la fois, suivant les distinctions que nous avons posées, des règles de ces trois contrats.

Or, dans tout contrat mixte on est appelé à se demander pour quelle part chacun des éléments entre dans l'ensemble, et quel est celui d'entre eux qui prédomine. Ici cette question doit être résolue d'une manière différente, suivant le point de vue auquel on se place.

Si l'on considère l'intention des parties au moment du contrat, le but principal qu'elles se sont proposé, on est obligé de convenir, avec Coquille et le président Favre, que le colon ne cherche qu'un salaire pour son industrie, et que le propriétaire, ne voulant pas aliéner les fruits de son domaine, n'en abandonne une portion que pour rétribuer le travail qu'un autre fournit à sa place et à son profit. Le contrat de colonage est donc avant tout, au point de vue du but que les deux parties poursuivent, un louage d'industrie.

D'un autre côté, lorsque nous avons essayé de préciser les règles et les principes que le bail à portion de fruits emprunte à chacun des trois contrats qui entrent dans sa formation, nous avons remarqué qu'il prenait au louage d'ouvrage les principes les plus essentiels.

Ce qui constitue surtout le bail à ferme, ce qui lui donne son caractère particulier, c'est l'étendue de la jouissance accordée au fermier. Or ce n'est pas à ce point de vue essentiel et fondamental que le contrat de colonage ressemble au bail à ferme; c'est sous ce rapport, au contraire, qu'il en diffère le plus. Mille choses mobilières ou immobilières peuvent faire l'objet d'un louage, et le seul point de ressemblance que l'on trouve entre le contrat de colonage et le bail à ferme, c'est que l'un et l'autre s'appliquent spécialement aux héritages ruraux, point secondaire et nullement caractéristique que plusieurs autres contrats partagent avec les deux dont nous parlons. Le bail à portion de fruits n'emprunte donc pas les principes essentiels du bail à ferme.

Il en est tout autrement du louage d'industrie. Ce qui caractérise ce contrat, c'est l'entreprise d'un travail pour autrui. Que ce travail s'applique à un immeuble ou à un objet mobilier, peu importe; qu'il soit rémunéré en argent ou en nature, question accessoire, le seul point essentiel, caractéristique du louage d'ouvrage, c'est l'entreprise d'un travail pour autrui. Or c'est sous ce rapport fondamental que le contrat de colonage ressemble au louage d'industrie.

Le bail à portion de fruits emprunte donc au louage d'ouvrage son élément essentiel, à ce point que l'on peut presque dire, comme nous l'avons déjà fait remarquer, que le premier de ces contrats n'est qu'un cas particulier du second, tandis qu'il n'a qu'une ressemblance tout à fait accessoire avec le bail à ferme.

Quant à la société, elle prête son but ou plutôt son résultat final au contrat qui nous occupe, sans lui prêter ses moyens. Le partage est un élément important sans doute, mais ce n'est pas l'élément caractéristique; car ce qui caractérise avant tout la société, c'est la mise en commun de certaines choses, et la spéculation sur ces mises pour obtenir des bénéfices. Ces spéculations en commun, qui sont la société, aboutissent à une communauté de profits; mais le partage, qui est la suite et la conséquence de cette communauté, ne peut être considéré comme un élément essentiel de la société qui est finie quand le partage commence.

Il résulte donc de notre analyse que le contrat de colonage emprunte au louage d'ouvrage son caractère fondamental, tandis qu'il ne prend au bail à ferme et à la société que des éléments accessoires.

Si nous considérons le bail à portion de fruits à un autre point de vue et eu égard seulement au plus ou moins grand nombre de règles qu'il puise dans chacun des trois contrats dont nous avons parlé, nous arriverons à un résultat différent, et nous constaterons que notre contrat se rapproche surtout du bail à ferme. La raison en est simple : le contrat de métairie ressemble au bail à ferme, en ce qu'il y a, dans l'un comme dans l'autre, tradition et prise en main d'un domaine; mais il en diffère sous le rapport de la liberté de la jouissance et de la fixité du prix. Or, pour régler la tradition et la prise en main, avec leurs conséquences et les éventualités, il a fallu un assez

grand nombre de dispositions législatives, tandis que très-peu d'articles ont suffi pour poser les principes relatifs à la jouissance et au prix. La plupart donc des dispositions concernant les baux à ferme s'appliqueront au contrat de colonage.

Il n'en est pas de même pour le louage d'industrie; car, à part quelques rares principes généraux, le Code ne parle de ce contrat qu'au point de vue particulier de quelques professions industrielles.

Quant à la société, elle a bien peu à prêter au contrat qui nous occupe; le plus grand nombre des dispositions législatives qui la concernent sont conçues en vue de spéculations que l'on ne connaît pas ici; elle n'a pas même des règles à donner pour le partage (art. 1872), puisqu'elle a recours, pour son propre compte, aux principes de la communauté. Elle n'intervient que pour attribuer à chacun, au nom de son intérêt, une part de direction ou un droit de surveillance.

IX. On comprend maintenant quel embarras peut causer dans une législation une disposition semblable à celle que renferme l'article 1103 du Code civil autrichien.

Lorsque le propriétaire cède son bien, dit cet article, sous la condition que le preneur en entreprendra la culture et lui fournira une portion relative des produits, par exemple un tiers ou la moitié, il ne se forme pas un contrat de bail, mais un contrat de société qui doit être apprécié d'après les règles qui s'y rapportent.

Ceux qui chez nous veulent que le bail à portion de fruits soit une société, admettent au moins qu'il doit, à raison de l'analogie, emprunter certaines règles aux baux à ferme. En Autriche il n'en est pas de même, la loi déclare que le contrat de colonage n'a rien de commun avec le louage, et constitue exclusivement une société.

Le projet de la Cour de Lyon était plus sage et mieux conçu. Après avoir posé en principe, dans son premier article, que le bail à culture moyennant une portion de fruits était une société, il avait soin d'expliquer que cette assimilation n'avait lieu que sous les réserves contenues dans les articles suivants (4 à 15); et dans ces articles, il réglait les points que ne pouvait régir la loi des sociétés, notamment ce qui a trait

aux divers cas de résiliation, au congé, à la tacite réconduction, etc.

La Cour de Lyon faisait ainsi la part des nécessités de la pratique, et corrigeait son principe en ce qu'il aurait eu de trop absolu. Le législateur ne crut pas devoir, néanmoins, adopter ce projet, et notre Code garda ce silence que nous avons cherché à expliquer.

Mais franchissons les Alpes, et nous trouverons en exécution, sur la terre italienne, le projet heureusement amendé de la Cour de Lyon. Un chapitre entier du Code sarde est consacré au colonage partiaire.

Celui qui prend à bail un bien rural, dit l'article 1785 de ce Code, sous l'obligation d'en partager les fruits avec le bailleur, s'appelle *colon partiaire*, et le contrat qui renferme leurs conventions est désigné sous le nom de *bail à métairie*. Ce contrat est soumis aux règles générales établies pour la location des choses, et en particulier pour la location des héritages ruraux, sous les modifications suivantes.

Et dans les autres articles de ce chapitre, le législateur a ajouté les règles que le contrat de colonage emprunte au louage d'ouvrage et à la société, en retranchant celles qui, dans les baux à ferme, se rapportent à la liberté de la jouissance et à la fixité du prix.

Le point de départ du Code sarde est, comme on le voit, diamètralement opposé à celui de la Cour de Lyon ; l'un admet en principe que le contrat de colonage est un bail à ferme, tandis que l'autre en faisait une société. Mais si les observations qui précèdent établissent que rigoureusement ces deux points de vue sont inexacts, elles amènent néanmoins à donner la préférence à la législation italienne. N'avons-nous pas démontré, en effet, que si le contrat qui nous occupe emprunte au louage d'ouvrage ses principes les plus essentiels, il puise aussi le plus grand nombre de ses règles dans le bail à ferme.

Qu'on le remarque bien, d'ailleurs, le Code sarde s'abstient sagement d'assimiler le bail à métairie au bail à ferme. Il se borne à dire que ce contrat est soumis aux règles générales établies pour la location des héritages ruraux, sous les modifications qu'il énumère, et c'est ce qui constitue, à nos yeux, le plus grand mérite de la législation italienne. Pour elle, le

contrat de colonage ne paraît être ni un bail à ferme ni une société, c'est un contrat d'une nature particulière et indéterminée en quelque sorte, soumis, en général, aux principes du bail à ferme, mais différant néanmoins de ce dernier contrat, et ayant, sous certains rapports, des principes propres.

X. Dans tout ce qui précède, nous avons considéré le contrat de colonage comme un contrat fixe et invariable, ou plutôt nos recherches n'ont porté que sur le contrat-type de colonage formé sans aucune complication des divers éléments que nous avons analysés. Mais notre étude ne serait pas complète si nous ne tenions compte des nombreuses variations qu'il subit dans la pratique sous l'influence des conventions particulières, et si nous ne précisions, comme dirait le calcul infinitésimal, ses variations et ses limites.

La pratique, en effet, a profondément modifié suivant les circonstances, les lieux et les personnes, les divers éléments du contrat de métairie.

Souvent le maître impose au colon des travaux et des corvées pour son service personnel en dehors de la culture. Sous ce rapport, le contrat est exclusivement un louage d'ouvrage. D'autres fois le maître stipule que le colon lui payera annuellement une certaine somme, ou qu'il prélèvera, avant partage, une certaine quantité de grain.

Il n'est pas rare de voir le maître, surtout lorsqu'il réside sur le domaine, réserver la direction pour lui seul : dans ce cas le contrat s'éloigne du bail à ferme et de la société pour se rapprocher du louage d'ouvrage. Parfois même le maître réserve le commandement, et alors la liberté de cultiver disparaissant tout entière, le colon n'est plus qu'un ouvrier intéressé. On trouve des traités qui stipulent d'une manière formelle que le colon, bien qu'il ait une part dans les produits, sera comme un domestique à la disposition du maître, ce dernier pouvant, dans certains moments, l'employer à d'autres travaux que ceux de la culture. Et ce genre de contrat tend même à se généraliser, en présence de l'esprit d'indépendance qui s'est emparé des colons, depuis la rareté des domestiques, et la cherté de la main-d'œuvre dans les campagnes.

Il arrive quelquefois que le colon, pour assurer sa subsistance,

et pour ne pas affronter tous les risques qui menacent les récoltes, stipule un minimum en sa faveur. D'autres fois, il ne doit participer aux produits que pour la part qui dépassera un chiffre fixe. D'autres fois encore il a une allocation déterminée avec une faible part proportionnelle à titre de gratification ou d'encouragement.

Il ne reste alors qu'un pas à faire pour que le contrat ne tienne plus de la société, et soit exclusivement un louage d'industrie. Dès que la part du colon devient fixe, ce dernier change de nom, dans la pratique, et devient maître-valet.

Ainsi, plus la rétribution du colon tend à devenir fixe, en même temps que la direction lui échappe, plus on se rapproche du louage d'ouvrage, et à la limite, c'est-à-dire lorsque la rétribution est tout à fait fixe et que la direction appartient au maître seul, le contrat n'est plus qu'un louage d'industrie.

D'un autre côté, on voit quelquefois des propriétaires éloignés de leurs métairies, et ne pouvant les surveiller, les donner à des colons chargés de tout fournir : travail, cabaux, semences, outils, etc., de tout diriger, de tout faire à leur guise, même de payer les impôts, sous la réserve d'une quote-part nette des produits.

Le colon, dans ce cas, jouit et cultive avec presque autant de liberté qu'un fermier, et au lieu de compter au maître un prix fixe, il lui donne une quote-part des fruits. Le contrat de colonage se rapproche ainsi du bail à ferme, et s'éloigne du louage d'industrie. Ce dernier élément disparaîtrait même entièrement, s'il était stipulé que le colon aura la même liberté de jouissance qu'un fermier, et que le maître n'aura aucune part dans la direction. Le contrat ne serait plus composé que de bail à ferme et de société, et tendrait à devenir un simple bail à ferme si le prix tendait à se fixer.

Enfin, dans un troisième ordre d'idées, le bail à colonage pourrait être entraîné vers le contrat de société, jusqu'à se confondre avec lui, se séparant plus ou moins complétement du bail à ferme et du louage d'ouvrage, par la perte des éléments qu'il emprunte à ces deux contrats.

Le bail à portion de fruits est donc loin d'être un contrat fixe, comme la vente, le mandat, le dépôt, etc., et l'on peut le comparer aux fonctions à trois variables de l'analyse algébrique. Composé de trois éléments divers, il ne les emploie pas

toujours dans la même mesure, et si, dans les nombreuses combinaisons dont il est susceptible, sous l'influence des conventions particulières, chacun des trois éléments qui le composent peut arriver à l'absorber, chacun d'eux aussi peut disparaître : dernière preuve de l'exactitude de notre théorie.

XI. En présence d'un contrat, pour ainsi dire, aussi insaisissable dans ses variations, on ne peut formuler des règles fixes applicables à tous les cas. Il faut, pour chaque espèce, s'inspirer des principes et des distinctions que nous avons posés, et appliquer plus ou moins les dispositions relatives aux baux à ferme, au louage d'industrie et aux sociétés, suivant que le contrat spécial dont il s'agira se rapprochera plus ou moins de l'un ou l'autre de ces trois contrats constitutifs. C'est une question de mesure, dont un long traité pourrait seul envisager toutes les faces.

Mais au-dessus de ces nombreuses variations dont nous avons essayé de tracer le tableau et les limites, se maintient le contrat-type de colonage, tel que nous l'avons étudié, en dehors des conventions particulières qui peuvent le modifier, avec sa nature définie, ses règles fixes, son but certain, son utilité reconnue, sa place marquée parmi les autres contrats. Il participe de la nature et des principes de trois d'entre eux, et c'est ainsi que s'explique l'erreur de ceux qui ont voulu le rattacher exclusivement à l'un ou à l'autre.

L'erreur n'est souvent qu'une vérité dont on abuse.

J. LATREILLE.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE III.

COMMENTAIRE DE LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864.

SOMMAIRE.

133. Lien entre ce chapitre et les chapitres précédents.
134. La loi nouvelle, nonobstant l'erreur juridique qui l'a provoquée, est une bonne loi.
135. Ses avantages particuliers.
136. En quoi consiste la transaction qu'elle consacre.
137. Texte de la nouvelle disposition législative.
138. Du rapport supplémentaire de la commission du Corps législatif; son importance au point de vue de l'interprétation de la loi nouvelle, mais réserves considérables.
139. Distinction des diverses parties de la loi.
140. Division du chapitre en quatre sections.

133. L'historique de la législation relative aux ventes domaniales et les origines directes ou éloignées de la loi nouvelle, sont désormais connues dans leur ensemble et dans leurs détails. C'était une partie essentielle de l'explication de cette loi, et nous ne craignons pas d'avoir commis un hors-d'œuvre en nous y arrêtant. Le texte sorti de la session législative de 1864 serait une énigme dans l'avenir et même dans le présent, s'il était exclusivement considéré en lui-même, en dehors des événements, des considérations et des discussions juridiques qui ont occupé les deux premières parties de cette monographie. Au point où nous en sommes désormais, il nous reste à faire l'exégèse de ce texte législatif, à déterminer sa portée, et à prévoir, autant qu'il dépend de nous, les difficultés doctrinales ou pratiques qu'il pourrait soulever.

134. Malgré l'opinion très-nette et très-formelle qu'en toute

[1] V. le présent tome, p. 120 et 306.

sécurité de conscience nous avons cru devoir, en persistant dans une conviction antérieurement exprimée, formuler sur le vote du 27 avril et sur la controverse juridique à l'occasion de laquelle il s'est produit, nous n'entendons pas cependant critiquer la loi nouvelle. Par le vote du 27 avril, la majorité du Corps législatif a nié l'existence d'une délégation législative qui nous paraît victorieusement démontrée; elle a nié au gouvernement un droit dont celui-ci, d'après nous, était incontestablement investi. Mais nous serions inconséquent avec nous-même et avec la doctrine que nous avons exposée, si, fondant le droit de l'administration sur une délégation législative, nous ne reconnaissions pas à la loi le droit de retirer, de restreindre ou de renouveler une délégation dérivant d'une autre loi. L'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 n'a jamais cessé d'exister à l'état de principe; certaines lois, suivant nous, en avaient resserré l'application dans une sphère étroite; d'autres lois peuvent y revenir.

Si, par impossible, la loi nouvelle était purement et simplement revenue au principe de 1790, en niant toute délégation antérieure ou refusant d'en consentir aucune, nous l'eussions considérée comme désastreuse pour l'intérêt public et pour le Trésor national, et nous l'eussions énergiquement critiquée.

Si même elle n'eût maintenu ou concédé qu'une délégation étroite, nous lui eussions encore refusé notre adhésion, comme allant en sens contraire de toutes les délégations qui se sont succédé depuis l'origine même de la Révolution française et qui, dans notre opinion, s'étaient complétées en l'an X.

Mais il n'en est pas ainsi; la délégation que consacre la loi de 1864, soit à titre nouveau, soit par voie de confirmation (c'est ce que nous examinerons plus loin), est conçue dans des termes assez larges pour respecter tous les principes et tous les intérêts. C'est à ce titre que nous n'hésitons pas à considérer cette loi comme une bonne loi.

135. Elle a l'avantage de terminer une controverse qui, ainsi que l'événement l'a prouvé, était susceptible de prendre d'assez vastes proportions. Elle tarit une source de conflits entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif; et l'histoire de notre pays prouve surabondamment que la détermination, en cas de doute et au milieu de prétentions contraires, des prérogatives des gouvernements et des chambres, est chose délicate,

de nature à exciter des susceptibilités, et qu'il est bon de régler en toute matière. Désormais la législation est certaine sur le point de savoir où finit en matière de ventes domaniales le droit du législateur et où commence celui du gouvernement.

136. La loi nouvelle présente donc les caractères d'une transaction équitable entre deux prétentions contraires.

L'administration continuera à vendre, en vertu d'une délégation législative désormais sans conteste, les immeubles domaniaux d'une valeur estimative d'un million et au-dessous.

Pour les immeubles dont la valeur totale est supérieure à un million, la vente devra être autorisée par une loi spéciale.

Ainsi, d'une part, la liberté d'action nécessaire au gouvernement lui est laissée dans une sphère libéralement déterminée, quoique plus restreinte que celle au sein de laquelle il pouvait se mouvoir depuis l'an X; et, d'autre part, il n'est pas mauvais que le pouvoir législatif apprécie l'opportunité des ventes les plus importantes.

137. Tel est l'objet de cette disposition législative, destinée à tracer une ligne de démarcation bien établie entre les attributions des deux pouvoirs, et à substituer des droits certains et reconnus par tous à des droits contestés.

Nous reproduisons ce texte avant d'en faire l'exégèse :

« Continueront à être vendus aux enchères publiques, dans « les formes déterminées par les lois des 15 et 16 floréal an X, « 5 ventôse an XII et 18 mai 1850, les immeubles domaniaux « autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spé- « ciales. Toutefois, l'immeuble qui, en totalité, est d'une valeur « estimative supérieure à un million ne pourra être aliéné, « même partiellement ou par lots, qu'en vertu d'une loi. »

138. Nous avons eu, dans l'introduction placée au commencement de ce travail, en racontant les circonstances constitutives de l'élaboration parlementaire de cette disposition législative, l'occasion de dire qu'elle avait été votée sans discussion dans la séance du Corps législatif du 14 mai 1864 [1]. Il en résulte

[1] Nous avons plusieurs fois désigné la loi nouvelle par cette date qui se prêtait aisément à l'étude des deux votes du 27 avril et du 14 mai; mais dorénavant, pour le commentaire direct de cette loi, nous l'appellerons la loi des 14 mai-1er juin, ou même la loi du 1er juin 1864; nous avons dit en effet (n° 1) qu'elle avait reçu la sanction impériale le 1er juin; c'est la date qu'elle doit porter, et qu'elle a prise au *Bulletin des lois*.

que la principale, et même l'unique source d'interprétation en ce qui concerne la lettre de la loi, qui nous soit fournie par les travaux préparatoires, se trouve être le rapport *supplémentaire* de la commission, également présenté par M. de Voize, et dont il a été déjà parlé ci-dessus.

Quels que soient l'importance de ce rapport et le talent de sa rédaction, nous demandons la permission de n'en accepter quelques parties que sous bénéfice d'inventaire. Nous y voyons, sur la composition du domaine public, un exposé de principes, qui ne forme qu'un accessoire éloigné de la loi elle-même, n'a pas fait l'objet de l'examen et du vote du Corps législatif, et dont nous nous croyons obligé de contester l'exactitude. Sur d'autres points, certaines explications du rapport nous semblent devoir être acceptées avec une réserve d'autant plus grande qu'elles diffèrent de la loi par diverses nuances; enfin, sur d'autres points encore, le rapport semble contredire le texte législatif.

Il est important, dans cet ordre d'idées, de rappeler que si la disposition nouvelle a été provoquée par l'attitude de la commission, la rédaction du nouveau texte n'est pas son œuvre. Le rapport constate en effet que cette rédaction a été proposée par MM. le ministre d'État et le ministre présidant le Conseil d'État, et plus tard traduite en amendement au projet primitif. Cette circonstance sert à expliquer comment le rapport de la commission peut contenir des passages peu en harmonie avec la teneur de la disposition.

139. Le texte de la loi nouvelle appelle naturellement l'attention sur trois points particuliers, et lorsqu'on rapproche l'une de ses dispositions de diverses explications du rapport, un quatrième point se présente à l'examen.

La première partie de l'article qu'il convient d'étudier tout d'abord, est celle ainsi conçue : *Continueront à être vendus aux enchères publiques, dans les formes déterminées par les lois des* 15 *et* 16 *floréal an X*, 5 *ventôse an XII et* 18 *mai* 1850, *les immeubles domaniaux*.....

Nous commenterons en second lieu la deuxième phrase de l'article, ainsi conçue : *Toutefois, l'immeuble qui, en totalité, est d'une valeur estimative supérieure à un million ne pourra être aliéné, même partiellement ou par lots, qu'en vertu d'une loi.*

Il restera alors à expliquer les mots qui terminent la pre-

mière phrase de l'article : ,,,,, *immeubles domaniaux autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.*

Cette troisième partie est celle qui comporte les explications les plus étendues ; il en est ainsi par suite de la nécessité de déterminer exactement les rapports de cette loi avec les lois spéciales qu'elle maintient en vigueur et de fixer la portée de chacune d'elles. L'une de ces lois a une telle importance, grâce aux difficultés qu'elle soulève et à la richesse du domaine forestier qu'elle concerne, qu'une section particulière devra lui être consacrée ; l'examen des autres lois spéciales, dont plusieurs présentent le plus haut intérêt dans leurs relations avec la loi nouvelle, feront l'objet d'une autre section.

Enfin nous devrons, en dernier lieu, rapprocher ces derniers mots du § 1er de quelques parties du rapport et déterminer la portée de la loi nouvelle dans son application aux bâtiments domaniaux affectés à un service public national.

140. Ce chapitre se divisera donc en cinq sections ayant chacune pour objet l'exégèse des diverses parties du texte de la loi des 14 mai-1er juin 1864, qui viennent d'être distinguées.

Dans la première section, nous traiterons de la vente des immeubles domaniaux d'une valeur d'un million et au-dessous ;

Dans la deuxième section, de la vente des immeubles domaniaux d'une valeur estimative supérieure à un million ;

Dans la troisième section, nous traiterons des lois relatives à l'aliénation des forêts domaniales ;

Dans la quatrième section, des autres lois spéciales que maintient la loi nouvelle ;

Dans la cinquième et dernière section, de la vente des bâtiments domaniaux affectés à un service public.

SECTION Ier.

De la vente des immeubles domaniaux d'une valeur estimative d'un million et au-dessous.

SOMMAIRE.

141. La loi du 1er juin 1864 ne porte aucune atteinte au principe de l'aliénabilité des biens du domaine de l'État.
142. L'utilité des ventes domaniales est également reconnue.
143. La loi nouvelle consacre une délégation législative du droit de vendre les immeubles d'une valeur estimative d'un million et au-dessous.

144. Comment consacre-t-elle cette délégation?
145. D'après le rapport de la commission, ce serait une délégation nouvelle.
146. Le texte de la loi ne le dit pas.
147. Il dit le contraire et maintient une délégation antérieure.
148. Sa rédaction est identique à celle de la loi de l'an X.
149. Dilemme qui résulte de ce rapprochement.
150. Il n'y a pas d'autre alternative que les deux termes du dilemme.
151. Sens certain des mots « *continueront à être vendus.....* »
152. Le rapport de la commission manque d'autorité dans les parties contredites par le texte de la loi.
153. La disposition émane de l'initiative des commissaires du gouvernement.
154. La stipulation de la nécessité d'une loi pour certains immeubles suppose aussi une délégation générale antérieure.
155. Motif d'approbation de cette rédaction, tiré de la législation antérieure.
156 Motif d'approbation de cette rédaction, tiré de ce qu'en supposant une délégation dans le passé, elle consacre la validité des ventes antérieures; paroles de M. Rouher, ministre d'État.
157. Maintien des garanties résultant des formes antérieurement suivies pour les ventes domaniales.
158. Maintien du contrôle législatif relativement à l'emploi du prix.
159. Caractère général de la disposition comprenant tous les immeubles domaniaux sans distinction de nature, sauf ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.
160. Énumération contenue dans le rapport.
161. Première observation au sujet de cette énumération.
162. Seconde observation.
163. Troisième observation.

141. Le législateur de 1864 n'a nullement entendu porter atteinte au principe de l'aliénabilité de tous les biens du domaine de l'État, écrit par l'Assemblée constituante dans la loi de 1790 qui contient le nouveau droit public de la domanialité. Ces biens demeurent tous essentiellement aliénables, quelle que soit leur valeur estimative.

142. Loin de réagir contre les idées économiques produites par l'Assemblée constituante en matière d'aliénation domaniale et toujours mises en pratique depuis cette époque, le législateur de 1864 reconnait également *la convenance de vendre les immeubles domaniaux inutiles au service public* [1]. Le rapport supplémentaire qui explique la loi nouvelle s'en réfère sur ce point au préambule de la loi fondamentale de 1790 et en reproduit le passage que nous avons donné ci-dessus (n° 27). C'est

[1] Paroles du rapport supplémentaire de M. de Voize; supplément au *Moniteur universel* du 29 mai 1864; Corps législatif, annexe C, page x, 3e col. et note.

dans cet esprit que la loi nouvelle dispose que les immeubles domaniaux *continueront à être vendus*.

143. Sous d'autres rapports encore cette formule est digne d'être remarquée. En raison du vote du 27 avril, par lequel le Corps législatif avait refusé de reconnaître au profit du gouvernement l'existence d'une délégation législative pour vendre directement les biens du domaine de l'État, on doit soigneusement examiner comment procède la loi nouvelle en consacrant l'opportunité et l'utilité générale des ventes. Cette loi, dans cette première partie de sa disposition, s'est évidemment proposé de consacrer une délégation du pouvoir législatif au pouvoir exécutif du droit de vendre les immeubles domaniaux dont la valeur estimative est d'un million et au-dessous. Sur l'existence de cette délégation partielle, sur sa limite, aucun doute ne se présente; le Corps législatif et la commission ont entendu consacrer cette délégation; à cet égard, aucune difficulté pratique n'est possible sur l'application, dans le présent et dans l'avenir, de la loi nouvelle, et certainement c'est le point essentiel.

144. Mais en ce qui concerne ses effets pratiques sur le passé, et sous le rapport doctrinal et spéculatif, la portée de la loi ne serait pas aussi exactement déterminée, si l'on rapproche son texte des explications données par la commission. La loi pouvait procéder de deux manières pour permettre la vente par l'administration, sans loi spéciale, des immeubles domaniaux d'un million et au-dessous. Elle pouvait, ou déclarer qu'elle déléguait au gouvernement un droit qui lui manquait jusqu'alors, ou déclarer qu'elle maintenait dans une limite nouvelle une délégation préexistante. Entre ces deux partis, quel est celui qu'a pris la loi de 1864?

145. Si l'on consulte le rapport de la commission, il n'est pas douteux qu'elle n'ait entendu, d'une part, persister dans la pensée du vote du 27 avril en refusant d'admettre l'existence d'aucune délégation antérieure portant sur l'ensemble des biens ruraux et des biens urbains du domaine de l'État, et, d'autre part, accorder au gouvernement une délégation qu'il n'avait pas auparavant[1].

[1] C'est ce qui résulte des deux passages suivants, *loco citato*, 1re et 2e colonnes :

« Votre commission vient vous rendre compte du travail supplémentaire

146. Si l'on se reporte, au contraire, au texte même de la disposition nouvelle, on n'y trouve rien de pareil. Il eût été surprenant, en effet, que sur ce point sa formule eût été conforme au rapport. L'Empereur n'a pas seulement, d'après la Constitution du 14 janvier 1852, la plénitude du pouvoir exécutif; il participe aussi à l'exercice de la puissance législative par l'initiative et la sanction qui n'appartiennent qu'à lui, avec le concours du Conseil d'État en ce qui concerne l'adoption des amendements d'après l'article 40 de la Constitution. Il n'était pas vraisemblable que dans une pareille situation le chef de l'État pût consentir à donner son adhésion à une rédaction législative, qui eût condamné la pratique des gouvernements antérieurs et celle de son propre gouvernement pendant douze années consécutives, une pratique dont la légalité avait été quelques jours auparavant défendue avec autant d'énergie que d'éloquence par ses ministres. Le pouvoir exécutif ne pouvait, dans sa participation constitutionnelle à la confection de la loi, condamner à la fois ses œuvres dans le passé, son récent langage à la chambre, et ce qui était manifestement encore son opinion actuelle (d'après nous très-fondée) sur la légitimité de son droit antérieur d'opérer les ventes domaniales. La commission du Corps législatif persistait dans sa manière d'interpréter la législation antérieure; mais rien ne

« auquel elle s'est livrée. Après le vote que vous veniez d'émettre, elle ne « pouvait avoir la pensée, d'ailleurs si contraire à ses convictions et aux « vôtres, de vous proposer l'abandon du droit incontestable que vous tenez « de la loi de 1790; mais elle s'est demandé si ce droit devait être main- « tenu dans toute sa plénitude ou si, dans l'intérêt du Trésor et de la « prompte expédition des affaires, vous pourriez volontairement et sans « inconvénients le déléguer en partie et dans une certaine mesure, comme « le pouvoir législatif avait été amené à le faire dans diverses circonstances, « ainsi que nous le rappellerons dans le cours de ce rapport.

. . . . . .

« Le principe soutenu par la commission et confirmé par votre vote, « celui de l'intervention législative en matière d'aliénation, se trouvait ainsi « affirmé de nouveau dans l'article proposé; on vous demandait en même « temps, il est vrai, d'élargir le cercle des délégations données à l'adminis- « tration; votre commission reconnaissait qu'il était possible de le faire « dans une certaine mesure, mais la limite indiquée n'était-elle pas trop « élevée? Dans un sentiment de conciliation auquel vous vous associerez, « nous l'espérons, la commission a cru devoir se rallier à la rédaction qui « lui était proposée telle qu'elle était formulée. Traduite en amendement, « elle a été adoptée par le Conseil d'État. »

prouve que le gouvernement, tout en cherchant à régler ce conflit, ait abandonné l'interprétation contraire donnée par lui à cette même législation. En un mot, le texte de cette loi n'a pas pu et n'a pas voulu dire ce que dit le rapport.

147. Il y a plus, ce texte nous paraît dire positivement le contraire. Cette formule « *continueront à être vendus* aux en- « chères publiques..... », loin d'exprimer la délégation nouvelle d'un droit qui n'aurait pas existé antérieurement, implique le maintien et la confirmation d'un droit préexistant. Elle signifie que, dans l'avenir, les ventes seront opérées, comme dans le passé, par l'administration des domaines, en vertu d'une décision du ministre des finances.

148. Nous ferons observer en outre que cette formule n'est autre chose que la reproduction à peu près identique de celle de l'article 1er de la loi du 15 floréal de l'an X, ainsi conçue : « *La vente* des fonds ruraux *continuera d'avoir lieu* par la voie « des enchères..... »

149. Ce rapprochement donne lieu au dilemme suivant :

Ou cette formule, dans la loi de l'an X, a été impuissante à investir le gouvernement du droit de vendre par lui-même les biens du domaine, ainsi que l'ont soutenu MM. de Voize [1], Segris [2] et Berryer [3], à la séance du 27 avril, et dans ce cas cette

[1] *Moniteur* du 28 avril, page 571, 3e colonne :

« C'est cependant encore sur cette loi qu'on s'appuie pour procéder à la « vente des immeubles nationaux. Il est difficile toutefois de lui reconnaître « la portée qu'on lui attribue : elle détermine un nouveau mode de vente, « sans parler du droit de l'effectuer. »

[2] *Id.*, page 572, 3e colonne :

« Croyez-vous qu'une modification aussi profonde que celle qui a été « indiquée, qui tend à substituer la voie administrative à la voie législative « pour de telles aliénations, a pu s'introduire fortuitement par voie impli- « cite et sans discussion dans la loi ? Où sont donc les dispositions nettes, « précises, qui ont aboli le principe de la loi de 1790? Vous les cherchez « implicitement dans les lois transitoires, accidentelles, que vous invoquez « et dont je viens de rappeler les dates. »

[3] *Id.*, page 573, 1re colonne :

« Dans les lois du 15 et du lendemain 16 floréal an X, il n'y a pas de « traces d'une délégation du pouvoir législatif faite au pouvoir exécutif. Il « n'y a rien autre chose dans ces lois de l'an X que la détermination de la « forme dans laquelle doivent continuer à s'opérer les ventes de biens ru- « raux. Ce sont les termes mêmes de cette loi que j'ai et que vous avez « aussi sous les yeux. « La vente des biens ruraux continuera de s'effectuer « par la voie des enchères. » On règle, quant au prix, l'époque à laquelle

même formule transportée dans la loi de 1864 serait également impuissante à produire ce même effet.

Ou, dans la loi de l'an X, cette formule, rapprochée des délégations antérieures et de l'absence de limite opposée à la quantité des fonds à vendre, imposait au gouvernement l'obligation et lui conférait le droit d'opérer directement ces ventes, ainsi que nous l'avons pensé et que l'ont soutenu MM. les commissaires du gouvernement à la séance du 27 avril; et, dans ce cas seulement, cette même formule en passant avec des conditions identiques dans le texte de la loi de 1864, doit être entendue dans le sens d'un renouvellement et du maintien de la délégation antérieure.

150. Il n'y a pas d'autre alternative que celle-là. Il n'y a pas de troisième parti possible, consistant à dire que la loi de 1864 a fait une délégation là où la loi de l'an X n'en faisait pas; la rédaction de ces deux lois étant la même, il est impossible de donner à la seconde une signification différente de la première. En présence du nouveau texte, on ne peut pas distinguer; on ne peut pas dire que la loi de l'an X ne déléguait pas, mais que la loi de 1864 a délégué. Il faut nécessairement choisir l'un des deux termes du dilemme : ou ni l'une ni l'autre des deux lois n'ont fait de délégation; ou l'une et l'autre ont délégué, la loi de 1864 confirmant la délégation de l'an X et la restreignant aux immeubles d'une valeur estimative d'un million et au-dessous.

151. C'est entre ces deux partis qu'il faut nécessairement choisir; ou plutôt l'option n'est pas à faire. Puisque la commission déclare et que tout le monde reconnaît que la loi de 1864 consacre une délégation; puisque ce ne peut être une délégation nouvelle, non comprise déjà dans la loi de l'an X, leur formule étant absolument la même; il faut (la conséquence est nécessaire) reconnaître que, par ces mots « *continueront à être vendus* », la loi nouvelle signifie que le gouvernement est maintenu en possession de la délégation législative antérieure, en vertu de laquelle les ventes domaniales ont toujours été

« l'intérêt doit courir. Ce sont des dispositions accessoires. Mais y a-t-il un « mot qui soit l'abandon par le Corps législatif de ce droit essentiel qu'il a « toujours d'autoriser l'aliénation du domaine qui lui appartient, c'est-à-« dire du domaine national? Non, il n'y a pas de traces de cette délégation « dans la loi. »

faites administrativement depuis le commencement du siècle.

152. Quant à l'opinion contraire de la commission écrite dans le rapport de M. de Voize et ci-dessus rappelée (n° 145), elle ne peut prévaloir sur le texte même de la loi. C'est une règle d'interprétation universellement admise, que les documents officiels de la préparation d'une loi, exposés de motifs, rapports ou discours prononcés, si grave que soit l'autorité de pareils documents, perdent toute force lorsqu'ils se trouvent en opposition avec le texte législatif. La loi seule dispose et ordonne dans son texte.

153. Il n'est pas étonnant d'ailleurs que le rapport de la commission ait pu donner de la nouvelle loi une interprétation peu en harmonie avec son texte, car nous savons déjà que ce n'est pas de l'initiative des membres de la commission qu'émane cette disposition. Le rapport annonce en effet, en termes formels, que *la proposition en a été faite à la commission par M. le ministre d'État et M. le ministre présidant le Conseil d'État ;* et nous avons transcrit ci-dessus (n° 145, en note) un autre passage du rapport dans lequel il est dit que la commission a adopté la rédaction proposée *telle qu'elle était formulée.*

Par suite des circonstances particulières qui l'ont amenée et de la forme d'amendement sous laquelle s'est produite la nouvelle disposition législative, il n'existe pas, en ce qui la concerne, d'*exposé de motifs* qui exprime la pensée du gouvernement, comme le rapport contient celle de la majorité des membres de la commission du Corps législatif. Mais si un exposé de motifs eût dû être produit, s'il y avait eu débat dans la séance du 14 mai et que les commissaires du gouvernement eussent été appelés à prendre la parole pour s'expliquer sur ce point, est-il possible de penser sérieusement qu'ils se fussent exprimés, comme le fait le rapport de M. de Voize, dans un langage formellement opposé à celui qu'ils avaient tenu dans la séance du 27 avril?... Auteurs de la proposition adoptée par la commission et votée sans discussion par le Corps législatif dans la séance du 14 mai, il est naturel que les commissaires du gouvernement aient donné à la disposition nouvelle une rédaction conforme à leur opinion personnelle et à la manière de voir du gouvernement.

154. Du reste, cette interprétation ne résulte pas seulement de la formule « *continueront à être vendus* », écrite dans la

première phrase de l'article; elle résulte non moins formellement de la deuxième et dernière phrase qui stipule que l'immeuble d'une valeur estimative supérieure à un million ne pourra être aliéné qu'en vertu d'une loi.

Si le texte était conçu de manière à accorder au gouvernement une délégation dont il n'était pas antérieurement investi, il n'aurait pas été nécessaire de stipuler la nécessité d'une loi pour la vente des immeubles de plus d'un million; il eût suffi de déclarer que le gouvernement pourrait vendre les autres sans autorisation législative spéciale. Mais c'est précisément parce que la rédaction de la première phrase suppose une délégation générale antérieure qu'il s'agissait de ramener à des limites plus étroites, que la stipulation de l'intervention législative pour les immeubles les plus importants devenait nécessaire.

155. Nous considérons d'ailleurs cette rédaction comme très-supérieure et très-préférable à toute formule qui eût été conforme au commentaire donné dans le rapport de la commission. Il y a pour nous deux motifs à cette approbation que nous donnons à la rédaction de la loi nouvelle.

Le premier est déjà connu : c'est que cette rédaction est en parfaite harmonie avec l'interprétation que nous avons cru devoir persister à donner à la législation antérieure à la loi des 14 mai-1er juin 1864.

156. Le second motif de cette approbation se rattache à une considération d'un autre ordre, de nature à présenter sous l'empire de la loi nouvelle un intérêt pratique. L'article 13 de la loi de 1790 porte que toute disposition du domaine national contraire aux prescriptions de cette loi, quel que fût le temps écoulé depuis l'aliénation, pouvait être annulée ultérieurement sur la réclamation des intéressés. Si le texte de la loi nouvelle eût condamné même implicitement la pratique antérieure, en prétendant investir pour la première fois le gouvernement du droit de vendre directement les immeubles domaniaux, ce texte eût en même temps constaté la nullité des ventes innombrables faites depuis le commencement du siècle, et qui, de 1814 à 1861, s'élèvent à 109 millions de francs. Nous admettons bien avec M. Rouher, ministre d'État[1], qu'il n'est

[1] Voici les paroles du ministre (*Moniteur* du 28 avril 1864, page 572, 5e colonne) :

« Je sais très-bien qu'on n'usera pas de cette faculté; je sais qu'un gou-

pas vraisemblable que cette nullité ait été demandée; nous admettons aussi, avec M. Berryer, que les acquéreurs auraient pu repousser les demandes en nullité en se fondant sur les ratifications législatives contenues, soit dans les lois relatives à l'emploi des deniers provenant des ventes, soit dans les lois des comptes; mais toutes les ventes domaniales faites depuis soixante ans n'en eussent pas moins été des ventes entachées de nullité dans leur principe. D'après nous, le gouvernement en formulant la disposition nouvelle, le Corps législatif en la votant telle qu'elle était présentée, ont été souverainement sages d'adopter une rédaction qui, au lieu d'arguer de nullité toutes les ventes domaniales antérieurement accomplies, reconnaît au contraire leur légalité. Il est certain en effet que si, contre toute vraisemblance et contre toute équité, cette question de nullité venait jamais à être soulevée, le texte de la loi du 1er juin 1864, loin de lui servir d'appui, suffirait pour élever contre elle un insurmontable obstacle.

157. Les expressions qui suivent les mots « continueront à « être vendus » que nous venons d'expliquer, comportent beaucoup moins de développements. En ajoutant : « *aux en-* « *chères publiques, dans les formes déterminées par les lois des* « 15 *et* 16 *floréal an X*, 5 *ventôse an XII et* 18 *mai* 1850, » la loi de 1864 maintient formellement toutes les règles relatives aux formes des ventes domaniales, telles que nous les avons déjà décrites (nos 32 à 39, 46 et 47). Elle conserve et consacre dans la législation nouvelle les diverses dispositions de ces lois que nous avons ci-dessus (nos 89 à 97, 99 à 102, 110 à 127) reproduites et commentées.

Enfin on remarque qu'en ce qui concerne cette condition substantielle de toute vente domaniale, la mise aux enchères avec publicité, le texte en stipule expressément la conservation; il dit *aux enchères publiques* là où la loi du 15 floréal an X disait *par la voie des enchères*. Nous savons que c'est le caractère inhérent à toute vente domaniale, et que c'est en consi-

« vernement régulier n'emploiera jamais les dispositions de l'article 13 de « la loi de 1790 pour venir dire aux détenteurs actuels que leur posses- « sion et leur propriété sont irrégulières. Mais il n'en est pas moins vrai que « c'est un mauvais principe à poser que d'ébranler par une appréciation tar- « dive la possession de ceux qui, pendant cinquante années, ont acquis des « portions du domaine rural. »

dération de cette garantie d'une aliénation avantageuse au Trésor public que des délégations successives se sont produites en cette matière.

158. Une seconde garantie est également maintenue sous l'empire de la loi nouvelle, malgré le silence qu'elle garde sur ce point. C'est le contrôle législatif au moyen de la loi des comptes, et des crédits relatifs à l'emploi des fonds provenant des ventes qu'une loi seule peut ouvrir. Le rapport supplémentaire de M. de Voize[1] le rappelle expressément, et, sur ce point, le texte de la disposition nouvelle n'avait pas à s'en expliquer, parce que ces prescriptions se trouvent établies dans les dispositions constitutionnelles relatives à la gestion des finances de l'État (ci-dessus indiquées n°s 5 et 47).

159. Il est encore, dans cette première partie du texte de la loi nouvelle, un point qui doit arrêter l'attention. La disposition que nous venons de commenter s'applique à tous *les immeubles domaniaux* autres que ceux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales; ainsi les biens ruraux auxquels s'appliquait la loi du 15 floréal de l'an X, les biens urbains qui avaient fait l'objet de la loi du 16 floréal de l'an X, se trouvent également compris dans la nouvelle disposition. En un mot, la loi du 1er juin 1864 consacre au profit du gouvernement le droit de vendre directement, sans distinction de nature, tous les immeubles domaniaux d'une valeur estimative d'un million et au-dessous, dont l'aliénation n'est pas régie par des lois spéciales.

160. La loi étant ainsi conçue d'une manière générale, s'appliquant, moins l'exception expressément stipulée, à tous les immeubles domaniaux, le texte n'avait pas à procéder à une désignation des immeubles compris dans la règle. Mais l'énumération que le texte ne pouvait et ne devait pas faire, rien ne s'opposait à ce qu'elle fût entreprise dans le travail de la commission, et c'est ce qu'a fait le savant rapporteur en divi-

[1] *Moniteur*, *loco citato*, p. x, 2e et 3e colonnes.

« Pour les biens d'une valeur d'un million et au-dessous, la Chambre « trouvera chaque année un moyen de contrôle dans la loi des comptes qui « en donnera le détail. . . . . .

« Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs que, lorsque ces ventes seront « opérées, la Chambre exercera, comme par le passé, un pouvoir souverain « sur la ressource ainsi créée, dont elle disposera à son gré pour les besoins « de l'État. »

sant en trois catégories les biens compris dans la règle générale. Cette partie du rapport est utile à connaître comme développement de la loi; nous la reproduisons en entier[1], mais sous le bénéfice de trois observations.

161. En premier lieu, nous demanderons la permission de contester l'exactitude de la doctrine émise par le rapport sur les successions en déshérence. Ce point trouvera son développement dans la quatrième section consacrée à l'examen des

[1] *Moniteur, loco citato*, page x, 2e colonne.

« Il ne saurait être question de soumettre à votre autorisation préalable « que la vente des biens du domaine de l'État autres que les forêts et ceux « ci-dessus désignés.

« Quels sont ces immeubles?

« On peut les diviser en trois catégories :

« 1° Ceux dévolus à l'État à titre de successeur irrégulier après l'expiration « du délai de prescription;

« 2° Les îles, îlots des rivières navigables et flottables;

« 3° Enfin, les terrains et portions de terrains, les bâtiments, etc., etc., « qui, devenus inutiles au service, passent du domaine public dans le do- « maine de l'État et deviennent ainsi susceptibles d'être aliénés.

« En ce qui concerne les premiers de ces immeubles, ceux qui proviennent « de successions en déshérence, il est très-rare qu'ils existent encore en na- « ture trente ans après l'ouverture de ces successions; ils sont généralement « vendus par l'administrateur provisoire de la succession pour pourvoir aux « charges de l'hérédité; ils sont d'ailleurs d'une faible importance, et l'on ne « pourrait citer qu'un très-petit nombre de ventes de cette nature.

« Quant aux îles et îlots, ils sont le plus souvent réservés pour les besoins « de la navigation, et lorsqu'il arrive qu'ils sont remis au domaine, ils con- « sistent, pour la plupart, en terrains submergés dont la mise en valeur « exige des travaux de défense et d'endiguement si coûteux, que l'État ne « peut retirer de leur aliénation qu'un prix relativement minime.

« Restent enfin les terrains et bâtiments faisant partie du domaine public, « déclarés inutiles pour le service, qui, passant de ce domaine dans celui de « l'État, perdent leur caractère d'inaliénabilité et sont remis à l'adminis- « tration des domaines pour en poursuivre la vente.

« C'est principalement sur cette catégorie de biens, qui est la plus nom- « breuse, que nous appelons votre attention, et si, en général, les remises « faites à l'administration ne consistent qu'en des terrains peu étendus et « placés dans une situation peu favorable, ou en des bâtiments délabrés, il « n'en est pas moins vrai que souvent quelques-uns de ces immeubles « atteignent une valeur considérable.

« Ainsi, lorsque les édifices publics sont abandonnés, lorsque des bâti- « ments militaires sont évacués, lorsque des places fortes sont déclassées, « des immeubles importants peuvent être mis en vente. Sauf ces cas parti- « culiers, on comprend qu'il puisse y avoir souvent utilité à ce que la vente « suive de près la remise faite au domaine, pour éviter que des frais de « toute nature, tels que frais de surveillance, frais d'entretien, charges mu- « nicipales, ne viennent grever le Trésor et diminuer par suite le produit « des ventes. »

lois spéciales qui doivent être combinées avec la loi du 1er juin 1864.

162. En second lieu, l'énumération du rapport ne saurait être limitative, car elle ne peut restreindre la disposition générale du texte. Elle ne peut être considérée que comme une explication doctrinale contenant le résultat des investigations personnelles des membres de la commission; elle n'a d'autre valeur que celle d'un renseignement statistique. Si l'on attribuait, au contraire, à cette énumération un caractère de limitation restrictive, au lieu d'être une recherche utile et un éclaircissement, elle pourrait devenir un danger, et serait en contradiction avec le texte même de la disposition. Mais les termes du rapport ne semblent pas donner à cette nomenclature un autre caractère que celui que nous lui reconnaissons.

L'inconvénient de cette énumération résulte même de son rapprochement avec l'exposé de motifs de trois lois rendues en exécution de celle du 1er juin 1864, et dont il sera parlé plus loin (n° 177). Dans cet exposé des motifs (supplément au *Moniteur* du 29 mai 1864, annexe D, 1re colonne), il est dit que « l'État a cédé à la ville de Marseille les terrains « provenant de l'ancien lazaret, *ainsi que ceux conquis ou à* « *conquérir* pour l'exécution des ports de Marseille, *sous la* « *réserve de* 55,900 *mètres.* » Puis il est expliqué qu'il a été procédé à la détermination des terrains qui devaient être conservés par l'État, et dans le nombre desquels se trouvaient deux îlots, nos 15 et 20, chacun d'une valeur supérieure à un million, et dont les lois relatées ci-dessous (n° 177) ont autorisé la vente. Or les terrains de cette nature, *conquis ou à conquérir sur la mer*, ne sont nullement compris dans les catégories d'immeubles domaniaux auxquels s'appliquerait la loi nouvelle d'après le rapport de la commission, si l'on devait se régler sur l'énumération qu'il contient.

163. En troisième lieu, nous protestons contre cette assertion contenue dans ce passage et dans d'autres parties du rapport, que les édifices domaniaux affectés à un service public feraient partie du domaine public en raison même de cette affectation et tant qu'elle dure. Nous l'admettons pour les forteresses et remparts des places de guerre, parce que l'article 540 du Code Napoléon les investit expressément des caractères et des priviléges de la domanialité publique; mais

nous nous refusons à les reconnaître au profit de toute autre construction domaniale affectée à un service public, pour qui n'existe pas une disposition spéciale analogue à celle de l'article 540 du Code Napoléon. C'est un point établi dans notre monographie sur *les Édifices publics*, déjà mentionnée ci-dessus n°s 23 et 123. TH. DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

DES INTERDITS EN DROIT ROMAIN.

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

QUATRIÈME ARTICLE [1].

Ce que le juge doit examiner. — Demandons-nous maintenant sur quels points devait porter l'examen du juge, et quelles étaient les conditions du triomphe sur l'interdit *Uti possidetis*. Nous savons que l'injonction du Préteur consistait à défendre qu'il fût apporté aucun trouble à la possession exempte de vices qui pouvait exister en faveur de l'une ou de l'autre des parties. Les peines déterminées dans les stipulations n'étaient encourues qu'au profit de celui qui possédait régulièrement, par celui qui avait porté atteinte à cet état de choses. Il n'était point nécessaire que cette atteinte eût été commise au moyen de voies de fait, que l'adversaire eût recouru à l'emploi de la force pour défendre ses prétentions. Nous avons vu qu'il y avait *vis facta adversus edictum Prætoris* par cela seul qu'une contestation judiciaire était soulevée sur l'existence de la possession, et que chacun des plaideurs ne consentait pas à laisser l'autre jouir paisiblement. Ce que le juge avait à rechercher, c'était de savoir lequel des deux contendants possédait réellement, en se plaçant pour résoudre cette question au moment de la délivrance de l'interdit, *interdicti tempore* (Instit., IV, XV, § 4), *per id tempus quo interdictum redditur* (Gaï., IV, 166). Il n'avait point à se préoccuper de la durée qu'avait pu avoir

[1] V. tome XXIV, pages 346 et 417; tome XXV, page 269.

dans le passé l'état de possession qu'il reconnaissait constant à cette époque, par conséquent s'il s'était déjà antérieurement prolongé pendant une année entière. La condition d'annalité dans la possession, exigée dans notre droit pour que la complainte soit recevable, était étrangère au droit romain. La mention du terme d'une année n'y apparaît que quant au délai dans lequel l'action doit être intentée : *Intra annum quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam;* ce qui signifie, croyons-nous, bien qu'il y ait controverse sur ce point, que le juge n'avait pas à s'occuper de troubles remontant à plus d'une année avant l'émission de l'interdit. Notre législation veut aussi que la complainte soit exercée dans l'année du trouble; seulement l'année dont il s'agissait à Rome était une année *utile*, ce qui s'écartait beaucoup de l'année *continue*, dont l'expiration amène en droit français la déchéance de l'action possessoire.

Il ne suffisait pas néanmoins, pour avoir gain de cause, que le juge eût constaté que telle des parties possédait effectivement au moment de l'interdit. La possession reconnue en fait n'avait droit à la protection de la justice qu'autant qu'elle était exempte de certains vices. Ces vices étaient au nombre de trois, savoir la violence, la clandestinité et le précaire. Toutefois les vices précités n'avaient qu'un caractère relatif; ils ne nuisaient qu'à la condition d'exister vis-à-vis l'adversaire : *Nec vi, nec clam, nec precario*, AB ADVERSARIO. C'est ce qu'explique le § 4, *Instit., De interd.*, de même que la loi 1, § 9, *Uti possid.*, où Ulpien enseigne que la possession doit être prise en considération, bien qu'elle ait été acquise au moyen de la violence, à l'aide d'actes clandestins, ou enfin grâce à un *precarium*, pourvu que le rival de ce possesseur n'ait pas été la victime de la violence exercée, n'ait pas ignoré les actes de possession, ou ne soit pas l'auteur de la concession à précaire [1].

Supposons que le juge ait reconnu qu'à l'époque de l'interdit la possession existait bien chez l'un des plaideurs, Numérius, par exemple, mais en même temps qu'elle était vicieuse *ab*

[1] *Quod ait Prætor in interdicto*, NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO, ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, *hoc eo pertinet : ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio; si vero ab adversario suo, non debeat eum, propter hoc, quod ab eo possidet, vincere; has enim possessiones non debere pooficere palam est.*

adversario, par rapport à Aulus; quelle va être l'issue du procès? Ne faut-il pas dire qu'Aulus triomphera, puisqu'il ne rencontre qu'une possession vicieuse à son égard, ce qui amènera cette conséquence qu'il réussira dans un interdit *retinendæ possessionis*, bien qu'il ne possède pas de fait *interdicti tempore?* Devra-t-on, au contraire, renvoyer Aulus à intenter un interdit *recuperandæ possessionis?* C'est une question depuis longtemps controversée, et qui divise encore les auteurs.

Savigny[1] résout la difficulté en faisant la distinction suivante : le non-possesseur, en collision avec un possesseur qui n'a qu'une possession vicieuse relativement à son adversaire, est-il celui contre lequel l'interdit a été sollicité, ou bien l'a-t-il sollicité lui-même? Ainsi Aulus, qui possédait un fonds, en a été expulsé violemment par Numérius; cependant il ne se résigne pas à laisser jouir tranquillement celui qui l'a dépouillé. Dans cette situation, Numérius s'avise de réclamer le secours de l'interdit *Uti possidetis*. C'est lui qui prend l'initiative de la lutte judiciaire; il a la témérité d'appeler *in jus* sa propre victime. Savigny concède que cette procédure, loin de profiter au spoliateur, tournera contre lui. Non-seulement sa possession ne sera pas protégée, mais encore l'examen qu'il a imprudemment appelé sur sa position fera reconnaître que c'est au profit de son adversaire que le droit de possession existe; Numérius sera tenu de restituer, sinon il sera condamné. Le résultat devrait être tout différent, suivant le même auteur, si le débat a été, au contraire, provoqué par Aulus, qui, après avoir subi une expulsion, a eu le tort quand il ne possédait pas de réclamer l'émission d'un interdit *retin. possess.* En vain établira-t-il que son adversaire n'a conquis sa possession actuelle qu'au moyen de violences exercées contre lui Aulus, il échouera pour avoir mal procédé; il aurait dû recourir à l'interdit *Unde vi*.

Nous repoussons, de concert avec Keller[2] et de Vangerow[3], la distinction proposée par Savigny, et nous pensons qu'Aulus doit triompher dans les deux cas. La distinction que nous combattons méconnaît le caractère de duplicité qui appartient à l'interdit *Uti possidetis;* elle a le tort de séparer les rôles de

[1] *Traité de la possession*, § 37.
[2] *Zeitsch. für gesch. Rechtsw.*, t. XI, p. 321 et suiv.
[3] T. I, § 336.

demandeur et de défendeur pour attribuer exclusivement chacun de ces rôles à telle ou telle partie. Les Romains n'entendaient pas ainsi les choses; ils plaçaient les deux plaideurs dans une situation identique. Écoutons ce que nous dit à ce sujet Gaïus, IV, 160 : « *Duplicia sunt, velut Uti possidetis interdictum et Utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor intelligitur, sed unusquisque tam rei quam actoris partes sustinet : quippe Prætor pari sermone cum utroque loquitur.* »

Le juge nommé doit, aux termes de l'interdit, régler la possession entre les deux contendants de manière à assurer la libre jouissance de celui dont le droit est supérieur au droit de son adversaire. Qu'importe que l'un possède matériellement, puisque sa possession est vicieuse, et ne peut pas lui profiter (*non debere proficere palam est*)? Qu'importe que l'autre ne possède pas de fait, puisque l'absence de possession est suppléée par la faculté qu'il a de se faire restituer la chose? C'est comme s'il possédait en réalité, dit avec raison Ulpien, L. 17, *pr.*, *De adq. possess.*[1]. La nouvelle possession n'ayant pu se fonder, l'ancienne possession est censée durer toujours dans les rapports des deux parties litigantes. Il n'y a aucune objection à tirer contre cette manière de voir de l'impossibilité admise d'une possession simultanée pour plusieurs personnes *in solidum*, si l'on songe que cette règle exprime seulement une impossibilité physique, tandis que ce n'est que par une fiction juridique fort équitable que l'ancien *justus possessor* est regardé comme encore possesseur vis-à-vis de celui *qui ab eo injuste possidet*. Sous ce point de vue, Ulpien[2] admet effectivement deux possessions, dont l'une doit l'emporter sur l'autre : *Ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; si a me possides, superior sum interdicto.*

L'issue du procès, qui nous paraît inévitable pour l'hypothèse que nous examinons, était d'autant moins douteuse sous le système formulaire que l'avantage de la possession ne restait pas nécessairement pendant l'instance à celui qui possédait en

[1] *Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet ac si possideret, cum interdicto de vi recuperandæ possessionis facultatem habeat.*

[2] L. 3, *pr.*, *Uti possid.*

fait *interdicti tempore*. Nous savons par Gaïus qu'il y avait lieu à une *fructûs licitatio*, et que la possession intérimaire était attribuée au plus fort enchérisseur [1]. N'est-il pas évident que si celui qui a sollicité l'interdit est resté adjudicataire, et qu'il prouve que son adversaire avait employé la violence pour l'expulser, il serait absurde d'imposer la restitution de la possession au plaideur qui est le véritable ayant droit à cette possession?

Il est cependant une observation qui se présente naturellement pour faire la critique du système que nous adoptons; elle consiste à dire que ce système rend inutile l'interdit *Unde vi*, puisque l'interdit *Uti possidetis* en aurait tenu lieu. Or, les jurisconsultes romains séparent nettement ces deux interdits, leur assignent un but différent, et supposent que chacun d'eux correspond à une situation distincte; ce qui est notamment mis en relief dans la loi 1, § 4, *Uti possid.* — Nous répondrons que la concession au *dejectus* contre le *dejiciens* de la voie de l'interdit *Uti possidetis*, simplement facultative pour lui, ne l'empêche pas de recourir, s'il l'aime mieux, à la voie de l'interdit *Unde vi*. Ce dernier interdit, comparé à l'interdit *Uti possidetis*, présentait des avantages considérables, qui devaient le faire préférer toutes les fois qu'il y avait eu *dejectio*, de telle sorte que, dans la pratique, la ressource de l'interdit *Uti possidetis* n'était sans doute en général invoquée que par celui dont la

[1] Cet expédient de la *licitatio* a entraîné quelques auteurs à dire que désormais le défendeur était l'adjudicataire, et le demandeur le non-adjudicataire. Cela n'est pas plus exact que la détermination des rôles de demandeur ou de défendeur d'après cette circonstance que celui-ci a sollicité l'interdit, tandis que celui-là a été appelé *in jus*. Chacun reste à la fois demandeur et défendeur; chacun peut obtenir ou subir une condamnation, voilà la vérité. Nous n'apercevons qu'un cas, déjà signalé plus haut, où l'effet de la *licitatio* aurait dans l'avenir de l'importance pour assigner leur rôle aux parties; ce cas, assez peu fréquent en pratique, est celui où ni l'un ni l'autre ne parviendrait à prouver sa possession. Chaque plaideur échouera dans sa *sponsio*; il encourra sans doute une condamnation sur la *restipulatio* de son adversaire; mais ces condamnations pareilles se neutraliseront. On ne pourra aller plus loin; la *summa licitationis* ne sera pas exigible; le *judicium secutorium* sera impossible. Il ne restera que la ressource de la voie pétitoire, dans laquelle devra s'engager en qualité de demandeur celui que l'adjudication a privé de la possession, qui semble devoir rester là où elle a été fixée par suite de la *licitatio*.

possession avait été seulement *troublée*, et qui dès lors n'avait pas à sa disposition l'interdit *Unde vi*. Par suite, il était exact de dire que chacun des deux interdits avait son domaine particulier. Le parallèle suivant fera ressortir la vérité de la proposition que nous venons d'énoncer.

En premier lieu, l'interdit *Uti possidetis* n'est utile qu'autant que l'adversaire est encore en possession. Il a pour but, en effet, de régler un état de possession contesté entre deux personnes dont chacune prétend posséder; et la mission du juge est de rechercher *uter possidet*. On ne comprendrait pas d'ailleurs la mise aux enchères entre les plaideurs de la possession intérimaire, si l'immeuble litigieux était possédé par un tiers. Il en est autrement pour l'interdit *Unde vi*, qui est donné contre le *dejiciens*, quand bien même il aurait cessé de posséder à son tour, L. 1, § 42, *De vi*. Sans doute le nouvel occupant, de quelque manière qu'il soit entré en possession, n'est pas exposé à l'interdit *Unde vi* vis-à-vis de celui qu'il n'a pas expulsé, L. 7, *eod. tit.*; mais celui qui a usé de violence n'en reste pas moins tenu à réparer le délit qu'il a commis, ce délit ne lui eût-il laissé aucun bénéfice, L. 15, *ibid.*. — D'un autre côté, la portée des restitutions que le plaignant pouvait obtenir par la voie de l'interdit *Unde vi* était plus ample que s'il se fût contenté d'user de l'interdit *Uti possidetis*. D'abord, en ce qui concerne les fruits, le *dejectus*, qui intentait l'interdit *Unde vi*, avait le droit de se faire tenir compte des fruits depuis le jour où il avait été expulsé, tandis que, sur l'interdit *Uti possidetis*, le point de départ à ce sujet ne remontait pas au delà du moment où l'interdit avait été émis, L. 1, § 40, *De vi*. Pour la condamnation au principal, le juge, dans l'interdit *Uti possidetis*, n'avait à s'occuper que de la chose même dont la possession était en litige; encore n'était-ce que la valeur de la possession qui devait être prise en considération, comme le fait observer Ulpien, L, 3, § 11, *Uti possid.*, en blâmant sur ce point l'opinion contraire de Servius. Dans l'interdit *Unde vi*, la règle était que le *dejectus* devait être replacé dans la même position que s'il n'y avait pas eu *dejectio*, L. 1, § 31, *De vi*. Tout le dommage qui s'en était suivi donnait lieu à une réparation, dont l'appréciation se faisait avec beaucoup de sévérité. Ainsi, bien que cet interdit ne s'appliquât qu'aux immeubles, la condamnation comprenait la valeur de tous les meubles qui

se trouvaient sur le fonds lors de l'expulsion (*quæque ibi habuit, dict.* L. 1, § 33), meubles appartenant au *dejectus*, ou dont la responsabilité lui incombait. Si quelques-uns de ces objets avaient péri postérieurement, même par cas fortuit, le *dejiciens* devait supporter cette perte; on le traitait à l'égal d'un voleur, considéré comme étant toujours *in mora : Sicut fur hominis etiam mortuo eo tenetur, ibid.*, § 34. On conçoit que, quand le débat roulait uniquement sur le point de savoir qui possédait, toutes ces questions d'indemnité restassent étrangères au procès, tandis qu'elles étaient une suite naturelle du délit imputé au défendeur, délit qui était l'objet principal de l'instance dans l'interdit *Unde vi* [1]. Aussi ne trouvons-nous, dans le titre *Uti pos-*

[1] Parmi les causes de dommages et intérêts à apprécier dans l'interdit *Unde vi* devait se rencontrer l'interruption de l'usucapion, conséquence de la *dejectio*, suivant la loi 5, *De usurp.* Malgré sa réintégration, le possesseur de bonne foi qui avait été *dejectus* ne pouvait profiter du temps de possession antérieur. Il fallait recommencer à nouveau l'usucapion, qui n'était même plus possible, si la mauvaise foi était survenue avant la reprise de la possession, ainsi que le décide formellement la loi 7, § 4, *Pro empt.* (41-4). Sous ce point de vue, le droit romain était plus sévère que notre droit actuel, qui considère la possession comme non interrompue tant qu'elle peut être recouvrée par la voie du possessoire (art. 2243 C. Nap.); ce qui doit s'entendre non-seulement du cas où la restitution ordonnée par la justice s'opère avant l'expiration de l'année, mais encore du cas où, la complainte ayant été exercée en temps utile, la sentence n'intervient et n'est exécutée que plus de douze mois après que l'ancienne possession avait cessé. — Ne pourrait-on pas soutenir qu'à cet égard, en droit romain, il y avait intérêt pour le *dejectus* à user de l'interdit *Uti possidetis*, envisagé comme étant *retinendæ possessionis*, et par lequel on prétendait avoir continué légalement (*juste*) à posséder? Le recours à un interdit *recuperandæ possessionis* entrainait l'aveu de l'interruption de la possession, tandis que l'emploi de l'interdit *Uti possidetis* eût évité cet inconvénient. Nous ne voyons aucun autre moyen de sauvegarder quant à l'usucapion les intérêts du possesseur qui a subi une expulsion. Quoiqu'il réussisse à se faire réintégrer en employant la voie de l'interdit *Unde vi*, nous ne pensons pas que le gain du procès puisse anéantir dans le passé et faire tenir pour non avenue la possession exercée par le *dejiciens : Res facti infirmari jure civili non potest.* On doit se garder d'entendre d'une façon absolue ce que dit Ulpien, L. 17, *pr.*, *De adq. possess.*, savoir que celui qui a la faculté de recourir à l'interdit *Unde vi* peut être considéré comme ayant la possession; aussi ne l'avons-nous appliqué qu'aux rapports entre le *dejectus* et le *dejiciens* à propos du débat sur la possession qui s'élève entre eux. D'un autre côté, on ne saurait invoquer, pour autoriser l'usucapion, les règles sur l'accession des possessions, en faisant du défendeur qui restitue par l'effet de l'interdit *Unde vi* l'auteur du *dejectus*. Sans doute la loi 13, § 9, *De adq. poss.*, admet l'*ac-*

sidetis, aucune mention des dommages et intérêts accessoires, qui occupent tant de place dans le titre *De vi*. — Enfin, la procédure de l'interdit *Unde vi* était moins périlleuse et moins compliquée que celle de l'interdit *Uti possidetis*. On pouvait, en effet, dans un interdit restitutoire, échapper, en demandant une formule arbitraire, aux *sponsiones pœnales* inévitables dans un interdit prohibitoire. On arrivait alors à obtenir immédiatement la restitution de l'immeuble ou une condamnation. Dans l'interdit *Uti possidetis*, il fallait d'abord faire statuer sur le mérite des *sponsiones* et des *restipulationes* réciproques, puis engager, pour recouvrer la possession, une instance particulière. Rappelons-nous aussi la mise aux enchères de la possession, qui exposait à une nouvelle peine l'adjudicataire, au cas où il succombait.

Si l'on accorde, comme nous le faisons, la faculté d'user de l'interdit *Uti possidetis* à celui qui ne possède pas, quand il n'a en face de lui qu'un adversaire dont la possession est vicieuse à son encontre, il devient assez facile d'expliquer comment la ressource de cet interdit n'était pas fermée à celui qui s'était fait délivrer la formule de la revendication. Remarquons d'abord que la législation romaine ne consacrait pas cette règle de notre droit, écrite aujourd'hui dans l'article 26 du Code de procédure civile, suivant laquelle le demandeur au pétitoire n'est plus recevable à agir au possessoire. Les jurisconsultes romains ne faisaient pas difficulté d'autoriser celui qui s'était engagé dans la voie périlleuse de la revendication à renoncer à la procédure qu'il avait commencée, pour obtenir un triomphe plus commode au moyen d'un interdit où la preuve ne devait porter que sur la possession et sur la propriété. C'est ainsi que la loi 18, § 1, *De vi*, permet au plaideur

cessio à la suite d'une restitution ordonnée par le juge. Mais les décisions contenues dans cette loi 13, de l'aveu de tous les auteurs modernes, avaient trait à l'*accessio possessionis*, telle qu'elle fonctionnait au temps des jurisconsultes à l'occasion de l'interdit *Utrubi*. Quand il s'agit de la jonction des possessions, au point de vue de l'usucapion, à l'égard d'un successeur à titre particulier, l'*accessio* n'est possible qu'autant que la possession que le successeur veut joindre à la sienne était une possession utile pour l'usucapion. Telle n'était pas la possession de l'adversaire qui s'était emparé par violence de l'immeuble qu'il restitue. Telle n'était pas également la possession du *prædo*, dont parle le § 9 de la loi 13, ce qui prouve que ce texte est étranger à la matière de l'usucapion.

qui avait intenté une revendication de ressaisir l'avantage de la possession par l'exercice de l'interdit *Unde vi*. Cette solution est aisée à comprendre : le *dejectus* ne possède pas; le rôle de revendiquant se conçoit dans cette situation. Mais la loi 12, § 1, *De adq. posses.*, décide également que, nonobstant une revendication entamée, il est possible de se raviser pour recourir à l'interdit *Uti possidetis*. Dans les idées romaines cependant, la revendication ne compète qu'à celui qui ne possède pas : *Actio enim nunquam ultro possessori datur*, L. 1, § 6, *Uti possid.* L'état de possession en faveur de l'une des parties se trouve fixé par le rôle de défendeur à la revendication qui lui est laissé ; et l'attention du demandeur a dû être appelée sur ce point, puisque c'est à titre de non-possesseur qu'il a reçu la caution *judicatum solvi*. Par conséquent, si l'interdit *Uti possidetis* exige absolument pour réussir l'exercice actuel de la possession, l'hypothèse prévue par la loi 12, § 1, ne pourra se réaliser qu'autant qu'il y aura chez le revendiquant une ignorance assez peu croyable, l'ignorance de ce fait que l'immeuble est occupé par lui ou en son nom. Dans la doctrine, au contraire, qui ouvre la voie de l'interdit *Uti possidetis* à celui qui en droit doit être envisagé comme possédant, parce que la possession de son adversaire est entachée d'un vice à son égard, l'explication de ce changement de procédure est plus simple à fournir. Quelqu'un ne possédait pas effectivement; en recourant à la revendication, il n'a fait que reconnaître un état de choses conforme à la réalité; il agissait en revendication, parce qu'il ne possédait pas. Plus tard, il est éclairé sur ce point que la possession, bien que lui manquant *en fait*, n'est pas perdue *en droit* pour lui, à raison de ce qu'il peut imputer à son adversaire de l'en avoir dépouillé soit violemment, soit clandestinement, soit au moyen d'un *precarium*. Il pourra alors, en laissant de côté la revendication, soulever pour le règlement de la possession actuelle, par la voie de l'interdit *Uti possidetis*, un débat qui doit, comme nous l'avons vu, se terminer à son avantage.

Condamnations possibles sur l'interdit Uti possidetis. — Nous ne reviendrons point sur les condamnations à titre de peine auxquelles pouvait donner lieu notre interdit. Nous ne nous occuperons que des condamnations ayant un caractère d'in-

demnité, du taux qu'elles devaient atteindre, et des chefs à l'occasion desquels elles pouvaient être prononcées.

Quand le vainqueur n'était pas celui qui était resté adjudicataire de la possession intérimaire, il pouvait faire condamner son adversaire au principal. Le parti le plus simple pour obtenir réparation du préjudice était de se faire réintégrer en possession *manu militari*. L'énergie des pouvoirs qui, suivant nous, appartenaient au juge romain dans les actions arbitraires, permettait de se comporter de la sorte; et, d'un autre côté, l'application à cette hypothèse de la formule arbitraire, fort désirable assurément, peut être induite de divers passages de Gaïus : *Nisi restituat mihi possessionem... condemnatur*, IV, 166, *in fine; possessionem restituere jubetur*, IV, 167. La voie d'une condamnation pécuniaire est cependant ici, comme en général, indiquée par les textes; nous voyons même, dans la loi 3, § 11, *Uti possid.*, que la manière de calculer le montant de la condamnation avait divisé les esprits. Suivant Ulpien, ce qui doit être estimé ce n'est point la valeur de la chose, c'est l'intérêt qu'avait le gagnant à conserver la possession ; *quanti uniuscujusque interest possessionem retinere.* — A ce sujet, nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer combien une pareille appréciation était délicate. Si par hasard le vainqueur était propriétaire, l'intérêt pour lui était égal à la valeur de la chose. Faudra-t-il donc que le juge se livre à l'examen de la question de propriété, et qu'il mêle ainsi le pétitoire et le possessoire? Y avait-il seulement possession de bonne foi, l'intérêt peut encore s'élever au même chiffre, dans le cas où l'usucapion était imminente, et n'a manqué de s'accomplir que par le fait de celui qui doit être condamné. Peut-être les chances d'usucapion étaient-elles au contraire assez éloignées; comment calculer avec quelque sûreté les probabilités que l'avenir réservait à cet égard? Ne s'agissait-il enfin que d'un possesseur de mauvaise foi, l'intérêt à la conservation de la possession apparaît encore comme plus problématique, puisque ce possesseur était menacé d'une demande en revendication, sur laquelle il aurait dû tenir compte des fruits perçus et même des fruits négligés. Qui pourrait se hasarder à dire le tort que lui cause la perte de la possession! L'estimation du *quanti res est*, d'après la base indiquée par Ulpien, nous semble une œuvre pleine de difficultés; et le juge romain devait être fort

habile pour fixer un chiffre précis de condamnation en rapport avec le dommage à réparer. Sans doute habituellement le procès se dénouait par la restitution de la chose litigieuse. Cette restitution offrait au vaincu le moyen d'échapper à une condamnation qui devait revêtir un caractère exorbitant. Dès qu'il était reconnu, en effet, que l'une des parties n'était point fondée à prétendre à la possession, la résistance à l'ordre de restituer l'eût évidemment constituée en dol, et eût autorisé l'application du *juramentum in litem* de la part du vainqueur.

L'appréciation du juge pouvait-elle porter sur le dommage antérieur à l'émission de l'interdit? Cette question, que nous avons déjà indiquée, et sur la solution de laquelle les auteurs sont divisés, peut se présenter indifféremment, soit dans le cas où le vainqueur n'est pas demeuré adjudicataire de la possession, soit dans le cas inverse où, ayant triomphé sur la *fructuum licitatio*, il aurait éprouvé un préjudice par suite du trouble, qui l'a obligé à solliciter un interdit. Keller [1] propose l'hypothèse suivante : Aulus est sur le point de couper une récolte; il en est empêché par Numérius, qui prétend avoir le droit de la prendre. Pendant ces débats la récolte vient à périr, et ce n'est qu'après cette perte consommée qu'Aulus recourt au magistrat, et se fait délivrer l'interdit *Uti possidetis*. En vain, dit Keller, Aulus prouvera-t-il que la possession du fonds lui appartenait, et que c'est à tort que Numérius a fait obstacle à l'enlèvement de la récolte. Pourvu que Numérius se soit abstenu depuis que l'interdit a été rendu d'apporter aucun trouble à la jouissance de son adversaire, ce dernier devra perdre son procès; il ne pourra réussir à obtenir une condamnation sur les *sponsiones*, non plus qu'un dédommagement à raison du préjudice qui lui a été occasionné.

Le raisonnement de Keller et de ceux qui suivent la même doctrine [2] se fonde principalement sur le caractère prohibitoire de l'interdit *Uti possidetis*. Il n'y a, disent-ils, de défense possible que pour l'avenir, non pour le passé. L'infraction à l'ordre du Préteur, tel qu'il est conçu, n'est pas vérifiée, ce qui est la condition *sine quâ non* d'une condamnation à intervenir.

[1] *Zeitsch. für gesch. Rechtsw.*, t. XI, p. 306.
[2] Voy., par exemple, Schmidt, p. 53 et suiv.

Aussi les Romains admettaient-ils, à côté des interdits prohibitoires, ayant pour but d'empêcher la perpétration de tel ou tel acte, des interdits restitutoires, dont l'utilité se faisait sentir alors qu'il s'agissait d'une réparation pour des actes consommés. Cette distinction ressortirait notamment de la loi 1, § *penult.*, *Ne quid in flum.* (43-13), où se trouvent rapprochés deux interdits distincts, l'un simplement prohibitoire, l'autre restitutoire. A l'égard du premier, le jurisconsulte s'exprime de la sorte : *Pertinet ad ea quæ nondum facta sunt*, tandis que le second serait nécessaire, si l'on avait à se plaindre de faits accomplis : *Si quid jam factum est, per hoc interdictum restituetur*. On invoque également la règle suivant laquelle il n'était pas permis, sur l'interdit *Uti possidetis*, de se faire tenir compte des fruits, si ce n'est depuis l'émission de l'interdit.

Certains auteurs cependant ne vont pas jusqu'à dire que le dommage causé doit rester sans réparation, et ils concèdent qu'une fois le droit à la possession établi, une instance particulière pourra être ouverte à ce sujet. Cette concession est de toute équité ; supposez qu'au moment ou Aulus, ayant perdu sa récolte par le fait de Numérius, se présente *in jure* pour arriver à faire constater son droit de possession, l'adversaire reconnaisse l'existence de cette possession et avoue ainsi son tort, une action en dommages et intérêts ne serait pas refusée par le magistrat. Numérius doit-il échapper à cette action, parce qu'il a résisté jusqu'à l'émission de l'interdit, et que c'est depuis lors seulement qu'il s'est gardé de troubler Aulus dans sa jouissance? Quant à nous, il nous paraît plus simple d'admettre avec Savigny qu'il n'y aura pas lieu à deux procès séparés, et que, l'interdit *Uti possidetis* ayant été délivré, le juge est autorisé à faire entrer en ligne de compte pour les condamnations à prononcer le dommage antérieur à l'interdit, et qui a motivé précisément son émission.

Cette doctrine, comme le fait observer avec raison Savigny, est en harmonie avec les termes de l'interdit, et la prescription qui s'y trouve mentionnée n'aurait pas de sens, rapportée à un autre cas. L'interdit, en effet, posait une limite au dommage qu'il fallait prendre en considération ; ce dommage ne devait pas remonter à plus d'une année antérieurement à l'époque où il avait été possible d'agir : *Intra annum quo primum experiundi potestas fuerit.* La faculté d'invoquer la protection de la justice

n'existe que du moment où un trouble à la possession s'est manifesté. Tant qu'il ne se sera pas écoulé plus d'une année à partir de l'instant auquel le droit d'agir était né, le trouble apporté à une possession régulière tombe donc sous le coup de l'interdit. — Pour rendre compte de cette restriction, nos adversaires ont imaginé d'appliquer l'annalité au temps durant lequel celui qui avait obtenu l'interdit pouvait en tirer parti; l'interdit se serait périmé, prétendent-ils, par le laps d'une année. Ainsi, après s'être fait délivrer l'interdit *Uti possidetis*, comme une précaution bonne seulement pour l'avenir, il fallait rester dans une position expectante jusqu'à ce que l'adversaire se permît un trouble nouveau. Demeurait-il en paix pendant plus d'une année, et ne recommençait-il qu'après ce délai à gêner la possession qu'il avait jadis inquiétée, le premier interdit ayant épuisé sa force, il aurait fallu en réclamer un second, qui aurait été encore impuissant à réprimer le trouble récent, faute d'effet rétroactif. L'interdit *Uti possidetis* serait donc toujours arrivé trop tard pour châtier un adversaire constamment assuré de l'impunité, pourvu qu'il eût soin d'accorder au possesseur un répit d'une année après chaque interdit. Ne suffit-il pas d'exposer un pareil système pour qu'il soit jugé, sans qu'il soit besoin d'en faire la critique? Cette bizarre interprétation n'entrait pas assurément dans l'esprit des compilateurs des Pandectes. De leur temps, le préalable d'un interdit n'était plus nécessaire à celui dont la possession avait été troublée; une action lui était ouverte immédiatement : cependant la condition de l'annalité s'est conservée. Cela veut-il dire que le recours à l'autorité n'aura de valeur que pour tenir en haleine pendant une année son adversaire, qui en sera quitte pour suspendre ses entreprises durant ce délai, sauf à les recommencer ensuite, et toujours sans danger? Ajoutons enfin que le sens naturel donné par nous à la teneur de l'interdit a été accepté par la pratique générale, que telle est la base de notre législation ancienne et moderne, qui a mesuré plus ou moins exactement l'efficacité de la complainte sur celle de l'interdit *Uti possidetis* des Romains, en exigeant que la complainte fût intentée dans l'année du trouble.

Nous avons vu précédemment que le juge nommé à la suite de l'interdit *Uti possidetis* devait examiner quel intérêt avait le gagnant à conserver la possession (*quanti interest retinere posses-*

sionem), ce qui doit s'entendre de la conservation d'une possession *paisible*. Dans l'espèce proposée par Keller, l'appréciation de cet intérêt ne s'étend-elle pas légitimement au dommage prévu par cet auteur? Si Aulus, en effet, n'eût pas été gêné indûment dans sa possession par Numérius, il aurait bénéficié de cette récolte qui a été perdue pour lui parce qu'il a été empêché d'exercer la jouissance dans laquelle il était fondé. En modifiant un peu les faits, on peut imaginer que l'ayant droit à la possession d'une servitude de passage sur le fonds d'autrui a éprouvé un obstacle à l'exercice de cette servitude, et que par suite de cet obstacle il n'a pu enlever sa récolte qui a péri. Cependant, en recourant à l'interdit *De itinere*, qui était prohibitoire de même que l'interdit *Uti possidetis*, il fait reconnaître que c'est à tort qu'il a été gêné dans la possession de la servitude. Ne serait-il pas dérisoire de soutenir que celui qui a opposé cette résistance téméraire ne devra pas être condamné, pourvu qu'il laisse enlever les récoltes futures, de telle sorte qu'il aura pu, sans être exposé à payer aucune indemnité, priver d'une récolte son adversaire?

Dans la doctrine que nous combattons, on attache trop d'importance au préalable de l'interdit. Cet expédient, qui fut d'abord nécessaire comme moyen d'engager un procès, et qui se maintint pendant longtemps après qu'on aurait pu s'en passer, ne pouvait avoir pour résultat d'innocenter des faits coupables, dont la répression était réglée anciennement par le droit prétorien. Chacun devait savoir qu'en apportant à une possession régulière un trouble qui entraînait un dommage, il agissait à ses risques et périls, et qu'il encourait l'obligation de réparer le mal qu'il avait pu causer. Un acte illicite et préjudiciable a été commis; s'il devait rester impuni parce qu'il n'aurait pas eu pour précurseur un interdit rendu par le Préteur, il y aurait une lacune regrettable dans la législation romaine. Mais elle ne mérite pas de subir un pareil reproche. Nous voyons, en effet, que des dommages et intérêts pouvaient être obtenus dans des cas auxquels s'appliquait la procédure des interdits, bien que cette forme eût été négligée. Gaïus, L. 9, *De relig.* (11-7), suppose que quelqu'un a été empêché de faire une inhumation là où il avait le droit de la faire. Au lieu de recourir à l'interdit qui protégeait la jouissance des lieux religieux, il prend le parti d'inhumer ailleurs, et il intente une

action *in factum* au moyen de laquelle il fait condamner son adversaire, quoique celui-ci n'ait pas contrevenu à un interdit, à le rendre indemne des frais auxquels il a été entraîné, à la condition, cela se conçoit, de prouver qu'il était autorisé à utiliser le lieu religieux dont il ne lui a pas été permis de se servir. Admettons, au contraire, que l'inhumation ait été différée, qu'en présence de la résistance opposée, l'intéressé ait fait par exemple la dépense d'un embaumement, qui lui a permis de mener à fin la procédure de l'interdit *De mortuo inferendo*, par suite de faire reconnaître son droit et écarter l'obstacle éprouvé, serait-il raisonnable de prétendre qu'il ne pourra obtenir une indemnité, parce qu'il n'y avait pas encore un interdit émis à l'époque où la dépense a eu lieu ?

Nous croyons également qu'on abuse de la forme prohibitoire dans laquelle était rédigé l'interdit *Uti possidetis* pour restreindre mal à propos la portée de cet interdit. Quand il n'y a autre chose qu'un trouble apporté à la possession, c'est surtout l'avenir qui doit être garanti. L'intérêt essentiel du possesseur troublé est de faire cesser désormais les entreprises dirigées contre l'état de choses actuel. Habituellement, il lui suffira d'obtenir sécurité pour la continuation paisible de sa possession, et il n'aura pas besoin de réclamer des dommages et intérêts pour le passé, parce qu'il n'aura pas, en général, éprouvé un préjudice sérieux. Mais si les actes commis par l'adversaire ne se sont pas bornés à inquiéter le possesseur, s'ils lui ont causé une perte matérielle, ou bien il faut déclarer que cette atteinte portée à une possession qui aurait dû être respectée demeurera impunie, ce qui accuserait un vice dans la législation, ou bien il faut admettre, ce qui est beaucoup plus équitable, qu'une réparation peut être exigée. Dans ce dernier cas, renverra-t-on le règlement de cette réparation après l'époque où l'existence de la possession injustement troublée aura été judiciairement constatée? C'est là ce que pensent certains esprits. Nous estimons, quant à nous, qu'il est plus simple de finir en une fois, et d'abandonner au juge qui statue sur la possession le soin de fixer toutes les conséquences de la perturbation éprouvée dans sa jouissance par celle des parties qui triomphe. C'est ce qui nous paraît rentrer naturellement dans les termes de la mission qu'il a reçu du magistrat, dans la mesure de l'appréciation qu'il doit faire pour baser la condam-

nation qu'il prononce (*quanti interest retinere possessionem*).

La règle suivie quant aux fruits, qui n'étaient exigibles qu'à partir de l'interdit, n'a rien qui contrarie notre système, si l'on entend cette règle dans son sens véritable. Elle veut dire que celui qui s'est emparé irrégulièrement d'un fonds, et qui n'a en présence de lui qu'un possesseur, bénéficiera des fruits qu'il a perçus jusqu'au moment où l'ayant droit à la possession se sera fait connaître. Il n'aura pas à rendre compte du profit qu'il aura retiré antérieurement de son indue possession, bien qu'il soit de mauvaise foi, contrairement à ce qui se passerait s'il succombait sur une revendication. Pour qu'il en soit ainsi, il faut supposer que les fruits ont été recueillis sans opposition, avant la manifestation du droit du possesseur, qui a négligé de défendre de suite sa possession. Si, au contraire, un tiers vient s'emparer des fruits de l'immeuble possédé activement par un autre au mépris de la possession qui est flagrante, s'il traduit ses prétentions à la possession en se saisissant d'une récolte pendante, ou qu'en faisant obstacle à l'enlèvement de la récolte accrue par les soins du possesseur actuel il en amène la perte, il ne saurait lui être permis de se placer à l'abri de la règle dont nous parlons. Elle n'est pas faite pour ce cas; et l'exemption de la responsabilité du préjudice causé par un pareil trouble à une possession établie constituerait assurément une iniquité choquante.

Nous terminerons par une dernière observation cette discussion, dont le lecteur excusera la longueur à raison de l'autorité des noms qui défendent l'opinion contraire à la nôtre. Nos adversaires, pour dénier au juge nommé par suite de l'interdit *Uti possidetis* la faculté de condamner à la réparation du dommage antérieur, se placent dans une hypothèse qui rend impossibles les conséquences naturelles de cet interdit. Ils supposent que le contradicteur à la possession a persisté devant le magistrat à dire que la possession existait en sa faveur, ce qui est nécessaire, nous le savons, pour amener la délivrance de l'interdit. Cependant, une fois l'interdit délivré, il est décidé à s'y conformer et à s'abstenir de tout trouble postérieur. Mais alors la procédure consécutive à l'interdit, qui constitue les particularités de la discussion sur un état de possession, ne pourra pas se développer. Le rival du posses-

seur abandonne en réalité la prétention qu'il avait soutenue jusque-là. Il évitera de participer aux enchères ouvertes sur la possession intérimaire; il refusera de répondre à la *sponsio pœnalis* dans laquelle il est assuré de succomber, puisqu'en contestant devant le magistrat le droit de son adversaire il a déjà certainement troublé une possession qu'il est résolu à respecter maintenant. On sera donc dans la même position que si, au moment de la première comparution *in jure*, l'une des parties eût reconnu la possession de l'autre. En présence de cette défaillance de l'un des plaideurs qui recule devant l'épreuve de l'interdit *Uti possidetis*, le Préteur, croyons-nous, aurait accordé à celui qui avait à se plaindre d'un dommage à lui causé relativement à un immeuble qu'il possédait de l'aveu de l'auteur du trouble, une action *in factum*, une action *utile*, par analogie de la loi Aquilia. Veut-on admettre que l'auteur du trouble laisse se dérouler la procédure et s'engager les *sponsiones pœnales* : l'inertie à laquelle il se résigne postérieurement à l'interdit ne peut le sauver d'encourir les peines ordinaires, puisqu'il y a eu *vis* exercée contre une possession établie, qui a dû être défendue judiciairement. Ne serait-il pas étrange que l'on échappât du moins, pour avoir suivi jusqu'au bout un procès téméraire, à une réparation que l'on n'eût pu éviter, si l'on avait conjuré dès le principe le débat sur la possession?

Il nous reste à dire quelques mots sur la troisième fonction assignée par Savigny à l'interdit *Uti possidetis*. Abstraction faite de tout trouble déjà apporté à la possession d'un immeuble, abstraction faite également de toute revendication projetée, pour l'organisation de laquelle les rôles des parties seraient à déterminer, l'interdit *Uti possidetis* permettrait, en outre, à celui qui aurait sujet de redouter que sa possession ne fût inquiétée dans l'avenir par tel individu, de provoquer, à l'encontre de ce rival éventuel, un débat sur cette possession, afin de la mettre désormais de ce côté à l'abri de toute contestation. Pour assurer son repos futur, on pourrait exiger de celui qu'on soupçonne avoir le dessein de vous troubler un jour la prestation d'une *cautio*, que les commentateurs ont qualifiée *cautio de non amplius turbando*. Cette *cautio*, suivant un usage assez commun en droit romain, consisterait en une *satisdatio*, et

celui qui refuserait de s'engager avec adjonction de fidéjusseurs serait exposé à subir une condamnation. Savigny reconnaît cependant qu'il n'existe pas de texte positif en faveur de cette doctrine, et il renonce à l'argument que l'on tirait autrefois de la loi *unic.*, C., *Uti possid.*, la *satisdatio* dont il est question dans cette loi s'appliquant à un autre cas, ayant trait au défendeur à la revendication qui veut conserver l'avantage de la possession durant le procès. Tel est effectivement le véritable objet de cette constitution, que nous aurons à citer quand nous traiterons des interdits *doubles* en ce sens qu'ils servaient indifféremment soit à faire acquérir, soit à faire recouvrer la possession. Toutefois, ajoute Savigny, la faculté d'exiger une semblable caution découle du droit général de faire exécuter une sentence, et n'a pas besoin d'être écrite formellement dans la loi. Telle est aussi l'opinion assez commune chez les auteurs, partagée notamment par de Vangerow [1].

L'exactitude de cette théorie nous paraît néanmoins très-critiquable. Nous regardons d'abord comme impossible d'imposer une *cautio* à celui qui appelé *in jus* ne résiste pas à son adversaire, et déclare ne point aspirer à la possession. L'interdit en pareil cas ferait défaut, et il serait bien dur de punir par la charge d'une *satisdatio* des propos inconsidérés, exprimant une prétention qui n'a pas osé s'affirmer en justice [2]. Admet-

[1] T. 1, § 336.

[2] Personne ne soutiendra qu'il soit permis de s'adresser au premier venu, à quelqu'un qui n'a jamais manifesté la moindre prétention à la possession, pour lui dire : « J'appréhende qu'il ne vous vienne un jour la pensée de me contester la possession de tel immeuble; en conséquence, je vais vous prouver que je possède, et vous faire condamner, si vous ne voulez pas prendre l'engagement de ne point m'inquiéter. » Pour qu'un possesseur soit recevable à provoquer un débat sur sa possession, il faut sous-entendre que l'adversaire qu'il attaque s'est vanté d'avoir la possession, bien qu'il n'ait gêné la possession actuelle ni par un trouble de fait (une entreprise sur l'immeuble, ou un obstacle apporté à la jouissance), ni par un trouble de droit (en défendant, par exemple, au fermier qui détient au nom d'un autre de payer le fermage à son bailleur). Le trouble de droit, comme le trouble de fait, peut causer un préjudice au possesseur, et motiver une condamnation à la suite de l'interdit *Uti possidetis*. Mais s'il n'y a eu aucune atteinte à la possession, s'il n'y a eu autre chose que l'énonciation en paroles de projets d'agression, nous accorderons bien au possesseur, quoique tel ne soit pas l'avis de tous les auteurs, la faculté d'appeler *in jus* celui qui s'est vanté de lui arracher la possession, afin de le forcer à

tons, au contraire, que la partie adverse ne s'est pas bornée à de simples menaces, qu'elle s'est posée en rival du possesseur, qu'elle a accepté le débat sur la possession, et qu'elle a été vaincue. D'un autre côté, on ne peut lui reprocher aucun trouble, ni en fait ni en droit, qui ait causé un préjudice à l'autre partie, et qui puisse motiver une condamnation. La mesure préventive d'une *satisdatio* pour l'avenir est plus acceptable assurément dans cette hypothèse ; elle peut même s'appuyer sur des analogies, par exemple sur la loi 2, § 18, *Ne quid in loc. publ.* (43-18), sur la loi 7, *Si serv. vind.* (8-1). Nous doutons cependant que la précaution d'une *satisdatio,* qui s'explique, dans le premier cas, par des raisons d'utilité publique, dans le second, par la nature du droit de l'adversaire, qui est un droit indéfini dans sa durée, puisse être étendue au profit de celui qui n'a en définitive triomphé qu'au point de vue de la possession, c'est-à-dire d'une situation de fait, d'un caractère transitoire, situation qui peut être aisément perdue. Pourquoi ne serait-il pas permis, sans s'exposer à une peine, de discuter de nouveau l'existence d'un avantage aussi éphémère que celui de la possession, dont une simple négligence fait décheoir? Nous ne nions pas absolument que la garantie en question ne puisse être employée pour mettre un terme à des attaques réitérées, dictées par un esprit de chicane. Mais il nous paraît exorbitant d'attacher cette répression à l'insuccès d'une première contestation sur la possession, qui n'a pu assurer une condamnation, faute d'un dommage éprouvé.

Extensions données à l'interdit Uti possidetis. — Jusqu'à présent nous avons vu l'interdit *Uti possidetis* fonctionner entre deux personnes qui soutenaient l'une et l'autre avoir la possession exclusive d'un immeuble. Il y avait identité dans les prétentions des parties, prétentions incompatibles, puisque la possession *in solidum* ne peut appartenir qu'à un seul, et que chacun des plaideurs s'attribuait d'une façon absolue l'avantage de la possession qu'il déniait à son adversaire. Voyons si l'interdit *Uti possidetis* ne pouvait pas recevoir d'autres ap-

s'expliquer ; seulement, dès que le danger d'un procès s'évanouit, parce que l'adversaire présumé décline le rôle qu'il paraissait devoir prendre, l'épreuve n'est-elle pas satisfaisante, et toute sécurité n'est-elle pas acquise au possesseur?

plications, et servir à un règlement sur la possession, là où n'existait pas cette égalité dans les prétentions qui amènent une collision d'intérêts.

Il peut se faire d'abord que l'un des plaideurs, Aulus, ne prétende qu'à une copossession, c'est-à-dire à une possession *pro indiviso*, tandis que l'autre, Numérius, soutient que la possession est à lui sans partage. L'hypothèse est prévue, L. 1, § 7, *Uti possid.*, par Ulpien, qui déclare que l'interdit *Uti possidetis* pourra être employé pour vider ce différend [1]. L'interdit devra cependant recevoir une modification, en ce sens que le débat ne portera que sur une portion de la possession, l'autre portion étant incontestée. Aulus, en effet, ne dit pas qu'il possède pour le tout, *ex asse*, ce qui n'est allégué que par son adversaire ; il se borne, quant à lui, à demander que sa possession pour une part indivise, une moitié par exemple, soit reconnue et protégée ; il succomberait, si la formule de l'interdit ne restreignait point la question qui doit être examinée à la part pour laquelle il réclame la possession. Le Préteur dira sans doute : *Uti possidetis pro dimidia parte de qua agitur*. Si Aulus triomphe, il ne pourra obtenir condamnation ou restitution que jusqu'à concurrence d'une moitié *pro indiviso*. Mais il a intérêt à faire constater sa copossession, afin de pouvoir recourir ensuite à l'action *communi dividundo*, admise entre copossesseurs dont la possession est exempte de vices (L. 7, § 5, *Comm. divid.*), sans être obligé d'intenter une revendication *pro parte*, qui exigerait la preuve d'un droit de propriété [2].

En second lieu, un débat sur la possession peut s'élever entre deux individus, qui, sans vouloir être précisément dans la même position, soutiennent néanmoins que chacun d'eux a

[1] *Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive* PRO INDIVISO.

[2] La *licitatio fructuum* était-elle usitée en pareil cas? Sans doute une mise aux enchères est possible pour la moitié comme pour le tout. Seulement, si l'adjudication se terminait au profit de celui qui n'aspire qu'à la copossession, il y aurait inconvénient à laisser durant le litige la possession commune entre deux parties qui ne s'entendent pas sur les limites de leurs droits. Peut-être la *licitatio* portait-elle alors sur la totalité du fonds.

la faculté d'exclure l'autre de la jouissance d'un immeuble. Aulus prétend que c'est lui qui possède pleinement le fonds A, et qui est autorisé à en prendre les fruits; il s'en attribue la véritable possession *animo domini*, sans admettre que cette possession soit grevée d'aucune charge. Numérius prétend qu'il est usufruitier du même fonds, et que c'est par lui que le fonds est exploité en cette qualité. Il ne s'arroge à la vérité que la quasi-possession; mais cette quasi-possession est exclusive de la possession effective et entière réclamée par Aulus. Il y a incompatibilité entre ces deux allégations, au point de vue de l'état de fait qui doit exister. La possession d'Aulus n'est pas moins troublée par l'opposition de celui qui veut jouir à titre d'usufruitier que par celle d'un rival plus complet, qui voudrait, de même qu'Aulus, s'attribuer la possession *animo domini*.

Un interdit *retin. possess.*, trouvait-il sa place en cette occasion? Remarquons d'abord qu'il y a eu en droit romain quelque hésitation pour reconnaître une possession en faveur de celui qui n'exerçait qu'une servitude. C'est ce qui est attesté par la loi 20, *De servit.*, où nous voyons cependant qu'au temps de Javolénus, contrairement à l'avis de Labéon, une quasi-possession avait été admise quant aux servitudes, et que l'on accordait en conséquence des interdits quasi-possessoires ou utiles. Il y avait donc, de part ou d'autre, chez le possesseur ou quasi-possesseur qui occupait réellement l'immeuble, un état de fait qui avait paru mériter protection. Les scrupules qui avaient arrêté les jurisconsultes de l'époque d'Auguste se retrouvent encore, L. 1, § 8, *Quod legat.*, dans la bouche d'Ulpien, qui voit difficulté à concéder l'interdit *Quod legatorum*, interdit *adip. possess.*, contre le légataire d'un usufruit qui s'est emparé de son chef de la chose léguée, attendu qu'il ne possède pas à proprement parler, et qu'il ne fait que détenir. Il conclut cependant à l'application de l'interdit, sans indiquer, au moins dans le texte à nous transmis par les compilateurs, qu'il devra y avoir une modification à la teneur ordinaire de l'interdit[1]. La même hypothèse est traitée dans

[1] *Unde est quæsitum, si ususfructus vel usus fuerit alicui relictus, eumque occupaverit : an hoc interdicto restituere sit compellendus? Novet quod neque ususfructus, neque usus possidetur, sed magis tenetur. Potest tamen defendi competere interdictum. Idem dicendum est et in servitute relicta.*

le § 90, *Vat. Fragm* [1]; et là il est fait mention d'un interdit *utile*, dont la formule nous est communiquée. Le Préteur ne dira pas seulement : *Quod possides*, il ajoutera : *Quodque uteris frueris*. Enfin le même Ulpien prévoit précisément le cas qui nous occupe, dans la loi 4, *Uti possid.* Il suppose d'abord qu'il y a conflit sur la possession entre deux individus qui prétendent occuper exclusivement l'immeuble à titre d'usufruitiers, puis le même conflit entre deux parties dont l'une ne s'attribue que la qualité d'usufruitier, tandis que l'autre dit avoir la pleine possession (*et si alter usumfructum, alter possessionem sibi defendat*); et il enseigne que l'interdit *Uti possidetis* jouera son rôle dans les deux cas.

L'interdit ne devait cependant pas être rédigé absolument de la même façon pour l'une et l'autre des espèces rapprochées par Ulpien. Quand aucun des rivaux n'aspirait à la possession proprement dite, mais uniquement à la quasi-possession, il était inutile d'employer le mot *possidetis* qui devait être remplacé par l'expression *utimini-fruimini*. Là, au contraire, où se trouvaient en présence deux plaideurs qui prétendaient exercer activement, celui-ci la possession véritable, celui-là seulement la quasi-possession, l'interdit devait contenir à la fois des termes accommodés à chacune de ces prétentions distinctes qui, en fait, ne pouvaient se concilier. L'un détenait-il *animo domini* (*possidetis*), l'autre détenait-il comme usufruitier (*utimini-fruimini*)? telle était la question. Quel que fût celui de ces états qui existait en réalité, le magistrat défendait d'y porter atteinte, et le juge avait à examiner à qui appartenait la jouissance actuelle du fonds pour lequel il y avait, d'une part, allégation d'une possession accompagnée de ses avantages matériels, de l'autre, allégation d'une quasi-possession effective.

Nous n'avons pas besoin d'ajouter qu'ici l'interdit était

[1] Ce fragment est ordinairement attribué à Ulpien, ce qui est contesté (*Zeitsch. für gesch. Rechtsw.*, p. 341) de la part de Rudorff, qui pense que son auteur serait Vénuléius, par ce motif qu'Ulpien, à l'occasion de ce différend, se décidait à y appliquer l'interdit *Uti possidetis* direct. Mais Buchholtz, dans ses notes sur le § 90, *Vat. fragm.*, fait observer avec raison que sans doute Ulpien expliquait qu'il entendait parler seulement d'un interdit *utile*, ce qui aura été effacé par les rédacteurs de Justinien, qui, suivant la remarque de M. Pellat (*Principes généraux*, etc., n° 81, p. 70, note), ont l'habitude d'accorder à l'usufruitier les interdits possessoires, sans prendre la peine d'ajouter qu'il s'agit d'interdits *utiles*.

double, de même que l'interdit direct, que les *sponsiones* réciproques s'y adaptaient également, et qu'enfin il y avait lieu aussi à une *fructuum licitatio*.

En continuant à étudier les diverses applications dont était susceptible l'interdit *Uti possidetis*, nous allons voir que cet interdit se modifiait quelquefois d'une manière plus sensible que dans les exemples précédents. La paisible possession d'un immeuble peut être troublée non-seulement par celui qui prétend à l'exercice d'un usufruit, mais encore par celui qui se borne à réclamer la jouissance d'une servitude prédiale. Peu importe qu'il s'agisse d'une servitude positive (de passage), ou d'une servitude négative (ne pas bâtir). Aulus étant en possession du fonds A, Numérius, propriétaire d'un fonds voisin, veut passer sur le fonds A pour l'exploitation de son héritage, en vertu d'un droit de servitude, ou bien il veut empêcher Aulus d'élever des constructions sur le fonds A, qui serait grevé de la servitude *non ædificandi*. Aulus se trouve, sous un certain rapport, gêné dans sa possession, qui n'est pas complète. Sans doute il pourrait recourir à l'action négatoire; mais, pour y réussir, il faudrait qu'il prouvât son droit de propriété. Ne lui est-il pas permis de faire écarter, en restant sur le terrain d'un débat au possessoire, l'obstacle apporté à sa libre possession?

Divers textes établissent que l'interdit *Uti possidetis* était applicable aux troubles résultant de la prétention à une servitude. Nous pouvons d'abord rappeler la loi 11, *De vi*, déjà citée, relative, avons-nous dit, à la détermination de ce qui constitue une *vis facta adversus edictum Prætoris* et qui autorise, en pareil cas, le remède de l'interdit *retinendæ possessionis*. Il suffit que l'on puisse reprocher à l'adversaire d'avoir fait quelque chose qui gêne de quelque manière la libre possession du plaignant : *Sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit*. On ne saurait nier que l'exercice d'une servitude prédiale ne rentre dans les termes généraux de la loi 11. Spécialement les lois 8, § 5, *Si serv. vind.* (8, 4), 5, § 10, *De op. nov. nunt.* (39, 1), 3, § 2 et § 9, *Uti possid.*, mettent à l'abri de tout doute l'emploi possible de l'interdit *Uti possidetis* afin de débarasser un possesseur des entraves apportées à sa possession au point de vue des servitudes par lesquelles un voisin prétendrait resteindre la pleine

jouissance de son voisin. La première de ces lois, après avoir fait mention de la ressource de l'action négatoire, à propos de la *fumi immissio* dont aurait à se plaindre le propriétaire de bâtiments supérieurs, lui ouvre également la voie de l'interdit *Uti possidetis*, qui trouve sa place, dit le jurisconsulte, toutes les fois que quelqu'un est empêché de jouir à son gré de sa chose : *Sed et interdictum* Uti possidetis *potest locum habere si quis prohibeatur qualiter velit suo uti.*

Toutefois, en cette occurrence, l'interdit *retinendæ possessionis* devait nécessairement subir une grave modification; il ne pouvait, en effet, se présenter comme un interdit double. De la part du possesseur du fonds prétendu servant, de la part d'Aulus, il y a réclamation de la possession entière, possession qui est troublée *in parte qua;* il veut faire reconnaître qu'il est en possession d'une manière absolue. Quant au possesseur du fonds prétendu dominant, quant à Numérius, il n'aspire pas à la possession de fonds A, mais seulement à la faculté de continuer à accomplir les actes propres à cette servitude, ce qu'il soutient avoir l'habitude de faire. L'ordre du magistrat ne peut donc être celui-ci : *Uti possidetis alter ab altero eum fundum;* cet ordre ne correspondrait pas aux allégations réciproques des parties. Par la même raison, devra disparaître ici la *fructuum licitatio*, que nous avons maintenue lorsqu'il y a deux plaideurs se disputant l'exercice de l'usufruit, ou voulant tous les deux jouir exclusivement de l'immeuble litigieux, l'un comme plein possesseur, l'autre comme usufruitier. Il suffira que le Préteur ordonne de respecter la possession d'Aulus, si elle existe intégralement à l'encontre de Numérius, sans que celui-ci puisse invoquer en fait un état de choses qui restreigne la possession telle qu'elle est prétendue par Aulus. L'interdit sera simple; il ne donnera lieu qu'à une *sponsio* suivie d'une *restipulatio*[1]; il ne mettra directement en question que la possession absolue revendiquée par Aulus, sauf peut-être l'addition d'une exception en faveur de Numérius, dans le but d'établir qu'il y a de sa part quasi-possession d'une servitude. Toujours est-il qu'un règlement au pos-

[1] C'est peut-être à un cas de cette espèce que faisait allusion Gaïus, dans un passage mutilé du § 166, Comm. IV, où on lit entre deux lacunes les mots suivants : *cum una inter eos sponsio.*

sessoire est nécessaire entre deux parties qui ne sont pas d'accord sur la manière dont se comporte la possession du fonds. C'est cet état de possession qui sera vérifié par le juge, sans qu'il y ait lieu de descendre à l'examen du fond du droit.

Rendons sensible par un exemple comment une controverse sur la possession sera possible dans notre hypothèse, et comment alors devait être probablement conçu l'interdit. Aulus dit que le fonds A, qu'il possède, ne doit pas de servitude au fonds de Numérius, et que c'est en attentant nouvellement à la liberté dont jouit ce fonds A que Numérius exerce des actes de passage. Numérius soutient qu'il ne fait que continuer à pratiquer une servitude dont il a l'habitude d'user, et que la possession [1] existe en sa faveur. Il y a ici en présence, avec des assertions contradictoires, deux individus aspirant à une possession qui doit être également protégée, quel que soit celui qui est en mesure d'invoquer l'avantage de la possession. De même qu'il n'est pas permis de gêner la libre jouissance d'Aulus, qui n'aurait pas laissé établir sur son fonds la possession d'une servitude, de même il est loisible à Numérius, si, au contraire, il est en possession de passer à titre de servitude, de faire maintenir cet état de choses dans lequel il serait troublé. Or il suffisait en droit romain qu'une servitude de passage eût été exercée régulièrement dans l'année pendant trente jours au moins, pour constituer une possession garantie désormais par l'interdit prohibitoire, *De itinere actu que*... (voyez D., tit. 19, liv. XLIII). Numérius, en cas d'obstacle éprouvé par lui, pourrait donc provoquer un débat au possessoire, sur lequel il triompherait, en prouvant qu'il a passé tout le temps voulu, et cela sans violence, clandestinité, ni précaire. De son côté, Aulus, au lieu d'en venir à des voies de fait, peut prendre l'initiative de la lutte judiciaire, s'il est à même de démontrer que les actes de passage n'ont pas été suffisants, au point de

[1] Nous nous servons du terme *possession* appliqué à l'usage d'une servitude, conformément à notre langue juridique, qui admet cette expression à l'occasion des démembrements de la propriété comme pour la propriété même. Il serait facile d'ailleurs, en parcourant les textes des jurisconsultes romains, de constater qu'ils n'observaient pas toujours la distinction entre la quasi-possession et la possession proprement dite, et qu'ils employaient souvent le verbe *possidere* par rapport à celui qui ne prétendait qu'à un démembrement de la propriété.

vue du temps, ou qu'ils n'ont été exercés qu'irrégulièrement, à l'aide de violence, d'une façon clandestine, par suite d'un *precarium*. Les deux parties ont donc à leur disposition la ressource d'un interdit pour faire maintenir l'état de possession prétendu par chacun. Tandis que Numérius, s'il voulait attaquer son adversaire, recourrait à l'interdit *De itinere* qui serait simple, Aulus, qui prendra le rôle d'agresseur, pourra demander *retinendæ possessionis causa* un interdit qui nous semble également devoir être simple. L'ordre émis par le magistrat, et adressé à Numérius, lui enjoindra de respecter la possession qui existerait au profit d'Aulus, sauf le cas où Numérius établirait qu'il y a en sa faveur possession d'une servitude. Le Préteur s'exprimera sans doute à peu près de la manière suivante : *Uti eum fundum Aulus possidet, quominus ita possideat, a te, Numeri, vim fieri veto, nisi hoc anno non minus quam triginta diebus per eum fundum itinere usus sis nec vi, nec clam, nec precario ab Aulo* [1].

[1] Il peut paraître téméraire d'enseigner que l'interdit *retinendæ possessionis*, invoqué par le possesseur d'un immeuble se disant troublé, était conçu en termes qui ne correspondent pas à la dénomination générale donnée à cet interdit, dénomination employée par les textes alors même que le possesseur de l'immeuble est en lutte avec un adversaire qui le gêne par l'exercice d'une servitude. Cette objection nous touche peu ; car, au fond, c'était toujours le même interdit, celui qui était destiné à maintenir intacte la possession d'un immeuble ; et il était naturel qu'il tirât son nom de la formule la plus anciennement et la plus fréquemment usitée. Sans doute, si les Romains n'avaient pas reculé devant l'application de ce terme : *possession* à l'exercice d'une servitude, il eût été fort simple de dire ici également : *Uti possidetis alter ab altero*. Le juge aurait eu à rechercher quel était le véritable état de possession ; si, de la part du possesseur du fonds, il y avait possession entière qui ne fût diminuée par l'usage d'aucune servitude, ou si, au contraire, la pleine possession du fonds était restreinte par l'exercice de quelque servitude qui constituait sous un certain rapport une possession en faveur de l'autre partie. Mais quand nous voyons que l'interdit *Uti possidetis* n'avait pu être plié à un débat sur la possession élevé contre un prétendant à l'usufruit qu'en modifiant la teneur primitive de l'interdit, en y ajoutant, au point de vue du prétendant à l'usufruit, la mention, non d'un *possidere*, mais d'un *uti frui*, nous ne pouvons croire qu'on eût conservé le mot *possidere* relativement au plaideur qui ne réclamait que l'exercice d'une servitude. Aussi lisons-nous, dans la loi 3, § 7, *Uti possid.*, que le *dominus soli*, en conflit sur la possession avec un individu qui soutient être *superficiarius*, devait réussir dans l'interdit (*Potior erit interdicto Uti possidetis*), et que, pour prévenir ce résultat, le Préteur devait venir au secours du *superficiarius*, probablement en lui accordant

L'interdit *retin. possess.* sera encore modifié d'une façon analogue, si la possession d'un immeuble est dite troublée par la prétention à une servitude négative, cas prévu dans la loi 3, § 2, *Uti possid.* Aulus est empêché de bâtir sur le fonds A qu'il possède par son voisin Numérius, qui soutient que le fonds A est grevé de la servitude *non ædificandi.* Aulus se trouve gêné dans sa possession (*etenim videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione*); il a un interdit pour faire cesser cet obstacle. Ici cependant l'adversaire ne prétend pas à la possession du fonds A; on ne peut songer évidemment à organiser une *fructuum licitatio.* Aulus seul réclame la possession du fonds A; un interdit simple sera donc suffisant. Mais comment le défendeur échappera-t-il à une condamnation, dans le cas où Aulus établirait que la possession lui appartient? Numérius peut-il réussir à détacher une parcelle de cette possession, à démontrer qu'elle est incomplète sous un point de vue, parce qu'il aurait acquis la possession de la servitude qu'il s'arroge? Comment concevoir, dans

une exception afin d'établir qu'il était en jouissance de la *superficies.* Cet expédient n'eût pas été nécessaire, si la mission d'examiner comment *possédaient* les deux rivaux (*Uti possidetis*) avait autorisé le juge à tenir compte de la situation du *superficiarius*, occupant réellement les constructions à ce titre, et pouvant être considéré comme ayant la *possession.*

On songera peut-être à présenter l'observation suivante, pour démontrer qu'il n'était pas besoin de s'écarter de la formule ordinaire, par laquelle les deux parties étaient mises sur le même pied. Cette formule, dira-t-on, la seule qui apparaisse dans les textes, se prêtait sans doute à l'examen d'un droit de possession prétendu par chaque partie; mais elle se prêtait également à l'examen d'un droit unique de possession réclamé par un seul des plaideurs. L'autre devait se dispenser de faire une *sponsio*, puisqu'il n'aspirait pas à la possession. La formule aurait été trop large; elle n'en restait pas moins propre à vider le débat sur la possession que s'attribuait entièrement l'une des parties. — Nous répondons qu'il est parfaitement inutile de réserver la faculté de prouver sa possession à celui qui ne prétend pas posséder. Il ne contestera pas habituellement la possession de son adversaire; il soutiendra seulement que cette possession est entamée par l'exercice d'une servitude. A quoi bon lui offrir le moyen d'établir en sa faveur une possession qu'il ne s'attribue point? Quand un seul prétend à la possession proprement dite, il suffit de dire *Uti possides*, pourvu qu'on ménage, ce qui est essentiel, au profit de celui qui se borne à invoquer la quasi-possession d'une servitude, la ressource de prouver qu'il use de cette servitude, ressource qu'il ne trouve point dans la formule ordinaire, et qui était probablement l'objet d'une exception.

cette hypothèse, une *controversia de possessione?* Quelque laps de temps qui se soit écoulé sans qu'un propriétaire ait bâti sur son terrain, il ne saurait en résulter pour le voisin un droit acquis à la continuation de cet état de choses. Les actes de pure faculté ne peuvent, ainsi que le dit notre législateur, art. 2232 C. Nap., fonder aucune possession. Il semble donc que Numérius n'est pas autorisé à invoquer un pur état de fait, qu'il n'y a pas en cette matière une possession de la servitude opposable à la possession du fonds qui se rencontre chez l'adversaire; que, dès lors, pour empêcher Aulus de bâtir, Numérius devra s'appuyer sur un droit de servitude régulièrement constitué; qu'ainsi, en définitive, un débat restreint au possessoire se trouve impossible.

Nous n'admettons pas, tout en reconnaissant qu'il y a sur ce point une difficulté sérieuse et que l'opinion contraire à la nôtre est défendue par de graves autorités [1], nous n'admettons pas le défaut absolu de possession en ce qui concerne une servitude négative. L'obstacle à la possession provient, dit-on, de ce que, l'établissement de constructions constituant une pure faculté pour le propriétaire d'un terrain, on ne saurait induire de l'abstention dont il a usé jusqu'alors à cet égard aucun droit en faveur du voisin. L'objection disparaît, quand cette abstention trouve son explication dans une renonciation à la faculté de construire, qui a diminué la propriété de l'un des héritages pour augmenter les avantages appartenant à l'autre héritage. Un fonds a été grevé de la servitude *non ædificandi*, ses rapports avec le fonds qui profite de cette concession sont désormais changés. Si, d'une part, il y a usage d'un immeuble autrement que par des constructions, si, de l'autre, il y a jouissance de l'utilité résultant du défaut de constructions, cette situation ne tient plus à une simple faculté. On peut dire maintenant que la possession de la servitude existe; car la manière dont se comporte l'un des propriétaires a cessé d'être facultative, elle est devenue forcée. Numérius pourra donc ici encore invoquer un état de possession qui restreint la pleine possession alléguée par son adversaire, s'il est en mesure de justifier qu'une servitude *non ædificandi* a été constituée en faveur de son fonds. N'allons point conclure de là que le débat va se trans-

[1] Voy., par exemple, Bélime, *Traité du droit de possession*, n° 265.

former, pour ne plus s'attacher à la possession et faire surgir une difficulté qui rentre dans le pétitoire, puisque Numérius, pour se défendre, s'appuie sur un droit de servitude. La constitution de la servitude émane-t-elle de quelqu'un qui était autorisé ou non à la constituer, c'est la question du fond, qui sera vidée sur l'action négatoire ou confessoire. Dans le cas où le concédant était *non dominus*, nous serions fort enclin à décider que la servitude n'a pu être acquise *longo tempore*, à raison de ce que la possession a été clandestine. Mais le concédant était peut-être *dominus*, l'auteur même de celui qui plaide. La distinction du possessoire et du pétitoire ne doit pas, on le voit, être écartée en cette occasion. Ne veut-on pas reconnaître de possession possible au sujet d'une servitude négative, il faudra dire que celui-là qui a vendu à beaux deniers à son voisin une servitude de cette espèce pourra se soustraire quelque temps à l'observation de la convention, et faire condamner, grâce à l'interdit *Uti possidetis*, son acquéreur qui s'opposerait aux constructions, ce dernier produisît-il le titre de constitution. Il n'y aurait pour lui d'autre ressource que l'action confessoire; mais jusqu'à la décision qui interviendrait au pétitoire, le concédant pourrait se faire maintenir en possession de la faculté de bâtir qu'il a aliénée [1].

La loi 3, § 4 et § 9, nous fournit de nouveaux exemples de cas où l'interdit *retin. posses.* devait encore être simple. Le § 4 suppose que les branches partant de ceps de vigne accrus sur un fonds ont été appliquées par le voisin aux arbres de son propre fonds. Celui dans le terrain duquel se trouvent les ceps peut, si le voisin s'oppose à ce que les branches soient coupées ou ramenées sur le fonds qui nourrit les souches, recourir à l'interdit *Uti possidetis*; car il y a trouble à sa possession, il est empêché de cultiver comme il l'entend. Il est clair que l'adversaire ne prétend pas à la possession du fonds d'où tirent leur origine les branches dont il s'est emparé. Mais il peut soutenir qu'il a acquis le droit d'arranger ainsi les choses ; et

[1] Le système, qui étend la possession aux servitudes négatives, est exposé par Savigny, *Traité de la possession*, § 46. Il est partagé en droit français par M. Bourbeau, *Théorie de la procédure civile*, t. VII, n° 274; cet auteur cite à l'appui de cette opinion un arrêt de la Cour de cassation du 15 février 1841.

comme ici la possession est publique, manifestée par des actes positifs, un débat sur l'état de possession se conçoit sans difficulté.

Les §§ 5 et 6 de la même loi présentent une hypothèse, où la ressource de l'interdit *retin. possess.* reste impuissante, parce que l'état de choses allégué par l'un comme portant trouble à sa possession, constitue pour l'autre une dépendance actuelle de la possession de son immeuble, et que cette possession existant avec telle circonstance suffit pour obtenir une maintenue au possessoire. De votre bâtiment, dit le § 4, part une saillie qui couvre une partie de mon fonds; pourrai-je, au moyen de l'interdit *Uti possidetis*, faire cesser cette entreprise qui empiète sur ma libre possession? D'après Cassius, l'interdit était inutile [1] en cette occurrence, attendu que, s'il y a d'une part possession du sol, il y a de l'autre part possession de la saillie comme partie intégrante de la maison. Ulpien, au paragraphe suivant, rapporte l'avis de Labéon sur le même point. En vain, pensait Labéon, le possesseur du sol couvert par la saillie emploiera-t-il l'interdit *Uti possidetis;* cet interdit échouera, vu que l'adversaire peut, de son côté, se faire délivrer un interdit *retin. posses.*, afin d'être maintenu dans l'état présent de possession, état qui consiste à posséder la maison, et, avec elle, la saillie qui y est adhérente [2]. Objecterat-on que cette saillie a peut-être été construite à l'aide de violence ou clandestinement, et qu'ainsi il n'y aurait de ce chef qu'une possession vicieuse? Cette critique de la possession ne saurait être élevée par celui sur l'immeuble duquel avance la

[1] C'est à tort que Cujas, *Obs.*, liv. V, ch. 22, et liv. XVII, ch. 2, corrige le texte en proposant de lire : *utile* au lieu de : *inutile*.

[2] *Labeo quoque scribit : Ex ædibus meis in ædes tuas projectum habeo, interdicis mecum, si eum locum possideamus qui projecto tegitur* (et non *tegetur*) *: an, quo facilius possim retinere possessionem ejus projectionis, interdico tecum, sicuti nunc possidetis eas ædes, ex quibus projectum est.* — La citation du passage de Labéon, tel que nous venons de le transcrire d'après les Pandectes, jette quelque obscurité sur la solution donnée par le jurisconsulte. On a peine à comprendre ce que signifie la question posée par ces mots : *an, quo facilius...*, et à laquelle il n'y a pas de réponse. Tout devient clair si, comme le propose Schmidt, p. 64, on supprime cette prétendue question pour lire : *at, quo facilius...* Labéon explique comment le premier interdit n'aboutira pas, étant paralysé par un interdit en sens contraire.

saillie, parce que l'adversaire ne possède pas la saillie isolément, mais seulement comme dépendance de son bâtiment, et qu'il n'y a point chez lui possession vicieuse quant au bâtiment. Ce sera par la voie d'une action pétitoire que le différend devra être vidé; aussi la loi 14, § 1, *Si serv. vind.*, indique-t-elle, par une hypothèse analogue, l'application de l'action négatoire.

Dans les différents cas que nous avons parcourus, et où nous avons rencontré l'application de l'interdit *Uti possidetis*, direct ou modifié, nous avons constamment vu que, si les parties n'élevaient pas précisément des prétentions identiques, il y avait cependant toujours entre elles un débat sur la possession. La libre jouissance d'un immeuble nous est toujours apparue comme contestée en ce sens que l'adversaire du possesseur soutient avoir le droit, sinon de le priver de la possession, du moins de gêner cette possession en quelque point. N'est-il pas essentiel qu'il en soit ainsi, pour qu'on puisse parler d'une action possessoire, d'une *controversia de possessione*, suivant les expressions des jurisconsultes romains? Les opinions sont partagées. Il y a des auteurs qui, prenant trop à la lettre certains textes où il est parlé des atteintes à la possession qui autorisent l'emploi de l'interdit *Uti possidetis*, par exemple, la loi 11, *De vi*, enseignent qu'il pouvait fonctionner par cela seul que la jouissance d'un immeuble n'était point respectée, sans exiger que le trouble fût l'expression d'un droit invoqué sur la chose. Cet interdit fournissait, disaient-ils, protection *adversus quemcumque turbantem*, à raison uniquement de ce qu'il y avait eu en fait un état de possession gêné sous quelque rapport. Il ne fallait pas se préoccuper de l'intention qui avait présidé aux actes reprochés à l'adversaire, se demander si, en se comportant comme il l'avait fait, il avait entendu user de son droit, ou s'il n'avait agi que par malice et à pur dessein de nuire. Un célèbre romaniste[1] est allé jusqu'à dire que l'interdit *Uti possidetis* pouvait être invoqué pour faire cesser des tapages nocturnes, et assurer la tranquillité de son habitation.

Nous n'hésitons pas à repousser cette doctrine, qui nous paraît défigurer complétement le véritable caractère des interdits *retin. possess.* Nous ne comprenons pas qu'ils soient employés,

[1] Thibaut, *Civ. archiv.*, t. XVIII, p. 321.

là où la possession n'est pas en litige, puisque leur but est de faire constater au profit de qui la possession existe. Est-il besoin d'être possesseur pour avoir le droit de dormir paisiblement, et pourquoi refuserait-on à un *colonus*, à raison de ce qu'il n'est pas possesseur de la maison qu'il occupe, les moyens nécessaires pour garantir son repos contre les troubles dont parle Thibaut[1]? Une portée si large, donnée à l'interdit *Uti possidetis*, rendrait inutiles bien des actions qu'on pourrait supprimer. J'ai été victime d'un vol, d'un dommage causé par quelqu'un qui a fait périr ou qui a détérioré ma chose, la *condictio furtiva*, l'action de la loi Aquilia seront remplacées par l'interdit *Uti possidetis*, si je puis envisager ces actes comme des troubles à une possession. — Ne perdons pas de vue le type primitif de l'interdit *Uti possidetis*, destiné à régler la position de deux parties qui se disputent la possession d'un immeuble. C'est parce qu'il y a identité de prétentions que l'interdit était double, que les rôles de demandeur et de défendeur étaient confondus. On a bien pu étendre l'interdit *retin. possess.* à des cas où l'égalité de prétentions fait défaut, pourvu qu'il y ait en quelque point débat sur un état de possession. Mais ce serait le dépouiller tout à fait de sa physionomie que de l'appliquer à des hypothèses dans lesquelles la possession n'est l'objet d'aucune controverse. Sans doute, celui qui est troublé dans la jouissance d'un immeuble peut interpréter les actes d'agression comme indiquant la pensée de se poser en rival quant à la possession. Il a donc le droit d'appeler *in jus* l'auteur de ces faits, et de le forcer à s'expliquer sur ses intentions; il sollicitera un interdit, s'il rencontre une contradiction à la possession dont il est investi. A quoi bon, au contraire, organiser une instance à l'effet de rechercher entre quelles mains est la possession, quand il n'y a pas d'adversaire? Il ne reste plus qu'à apprécier les dommages et intérêts que peut exiger celui dont la possession, désormais reconnue, a été indûment troublée. Ce but sera atteint par la délivrance de telle ou telle action, de l'action d'injures, de l'action de la loi Aqui-

[1] Si notre législation, suivant l'opinion la plus commune, refuse au fermier les actions possessoires, elle ne le laisse pas du moins livré sans défense aux attaques des tiers, qui par des voies de fait portent atteinte à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée. Voy. art. 1725, C. N.

lia, ou d'une simple action *in factum*. Quant au préalable d'un interdit, il nous paraît non-seulement une superfétation, mais encore un danger; ce serait reconnaître que les faits passés ne sont pas susceptibles d'être réprimés, et qu'il n'y a de réparation possible que pour les troubles à venir, opinion que nous avons déjà eu occasion de combattre[1].

Nous devons toutefois nous expliquer sur un texte souvent allégué par les partisans de l'autre système, texte duquel il semble résulter que l'interdit *Uti possidetis* était mis en pratique afin d'écarter un obstacle apporté à la possession de la part de quelqu'un qui reconnaissait au profit de l'autre partie l'avantage de la possession. Nous voulons faire allusion à la loi 3, § 3, *Uti possid.*, ainsi conçue : *Cum inquilinus dominum ædes reficere volentem prohiberet, æque competere interdictum* Uti possidetis *placuit; testarique dominum non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret.* Ici Ulpien, a-t-on dit, prend comme constante la qualité d'*inquilinus*, qui

[1] On pourrait cependant admettre que l'interdit *retin. possess.* n'exigeât point que l'adversaire s'attribuât l'avantage qu'il refuse à celui qui l'attaque; il suffirait qu'il ne reconnût pas la possession réclamée pour lui par le plaignant, ce qui constituerait toujours un débat sur la possession. C'est ainsi qu'une controverse sur la propriété était possible, de l'aveu d'Ulpien, quoique le défendeur ne soutînt pas être propriétaire. Ce jurisconsulte pensait en effet, nous dit la loi 9, *De rei vind.*, déjà citée, qu'un détenteur pouvait défendre à une revendication, et triompher, si le demandeur ne justifiait pas son droit de propriété. On concevrait de même qu'un détenteur, attaqué par un autre que celui au nom duquel il détient, non pas au point de vue de la propriété, mais au point de vue de la possession, soutînt également le débat, sur lequel il réussirait, pourvu que le demandeur ne parvînt pas à démontrer que la possession lui appartient. Le *colonus*, par exemple, en l'absence de son bailleur qui n'a pas laissé peut-être de procureur, devrait être aussi apte à repousser la prétention d'un tiers à la possession que la prétention à la propriété. Seulement, pour qu'il en fût ainsi, il aurait fallu que la jurisprudence romaine ne vît dans l'action consécutive à l'interdit *Uti possidetis* qu'une action simple, comme on le faisait sous le système formulaire à l'égard de la revendication, et non une action double, dans laquelle chacun devait jouer le rôle de demandeur. Il est permis assurément de critiquer une législation, qui autorise le fermier à résister à une revendication, tandis que sur une action possessoire elle exige que la contradiction émane du *dominus*. Cette anomalie, du reste, a cessé, en droit romain, à partir d'une Constitution de Constantin, la loi 2, C., *Ubi in rem* (8, 19), d'après laquelle le défendeur à une revendication, quand il n'est qu'un détenteur, doit mettre en cause la personne pour laquelle il détient.

emporte aveu de la possession chez l'adversaire, et néanmoins il autorise l'emploi de l'interdit *Uti possidetis*. Aussi le judicieux Savigny [1] invoque-t-il ce passage pour poser en règle que le rôle de défendeur à notre interdit appartient à quiconque mérite le reproche d'avoir troublé notre possession, même à notre représentant dans la possession, tel que le locataire d'une maison qui voudrait empêcher le bailleur de faire des réparations. Le bailleur, ajoute-t-il, aurait bien de ce chef l'action *Locati*, mais il peut opter pour l'interdit *Uti possidetis*, comme il pourrait également recourir à l'interdit *Quod vi aut clam*, que la loi 25, § 5, *Locati*, met à la disposition du *dominus* dans le cas où l'*inquilinus* se serait permis de faire quelque démolition. — L'argument tiré de cette loi 25 est, suivant nous, peu probant, parce que l'interdit *Quod vi aut clam*, qui compétait même au fermier, ne suppose pas en jeu une question de possession. Nous inclinerions à penser que, dans le cas de la loi 3, § 3, *Uti possid.*, il s'agissait d'un soi-disant *inquilinus*, qui n'acceptait pas cette position, qui niait le bail, qui, par conséquent, en alléguant avoir la possession proprement dite, *suo nomine*, s'opposait aux réparations projetées par le prétendu bailleur. Il était admis que l'interdit *Unde vi* était possible contre le fermier qui aurait expulsé le *dominus*, et interverti par là sa possession au moyen d'une contradiction apportée au droit du bailleur. Dans l'espèce, il n'y a pas *dejectio*, mais usurpation de la possession sans voies de fait, ce qui ouvre la voie à l'interdit *Uti possidetis*. Cette interprétation s'appuie sur les derniers termes de la loi 3, § 2, où le jurisconsulte fait observer que le bailleur, en recourant à l'interdit, déclare qu'il n'entend pas empêcher l'*inquilinus* d'habiter, mais seulement de s'arroger la possession : *Testarique dominum non prohibere inquilinum ne habitaret, sed ne possideret*. C'est donc la possession que ce dernier veut s'approprier ; et cette prétention est-elle compatible avec l'aveu qu'il ferait d'occuper les lieux à titre d'*inquilinus* [2] ?

Nous croyons, d'un autre côté, qu'en admettant dans l'hypothèse traitée par Ulpien que les qualités de *locator* et d'*in-*

[1] *Traité de la possession*, § 37.

[2] L'explication que nous présentons a déjà été donnée par un auteur doué d'une rare sagacité, enlevé prématurément à la science du Droit, par Bélime, *Traité du droit de possession*, n° 326.

quilinus ne sont pas niées, l'application de l'interdit *Uti possidetis*, à l'occasion de la difficulté prévue, pourrait encore se comprendre sans faire brèche à notre système. Quand il y a bail, en effet, si la possession de la chose louée reste au bailleur, cette possession ne peut plus cependant, de sa part, être exercée comme il l'entend, mais seulement à la condition de respecter l'obligation de faire jouir qu'il a contractée envers le preneur. La manière dont possédera désormais le *locator* se trouve restreinte par la nécessité d'observer le bail. Sans doute le *dominus* conserve la faculté de faire les réparations exigées par l'état des lieux, mais il ne saurait, sans entreprendre sur la jouissance qu'il a garantie à l'*inquilinus*, l'obliger à souffrir des réparations inutiles. Il est donc absolument possible de dire que la controverse qui s'élève met en jeu le règlement de la possession; qu'il s'agit de décider comment elle doit se comporter à la suite d'un bail par rapport au locataire. Toujours est-il que le possesseur rencontre ici un adversaire qui prétend avoir le droit d'imposer des restrictions à la plénitude de possession réclamée par le *dominus*, cette possession ayant été entamée par le contrat de louage, et devant maintenant, quant à la forme qu'elle revêtira, se concilier avec la jouissance qui appartient à l'*inquilinus*. MACHELARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

PHILOSOPHIE DU DROIT ECCLÉSIASTIQUE.

DES RAPPORTS DE LA RELIGION ET DE L'ÉTAT; par A. FRANCK (Paris, Germer Baillière, éditeur, 1864).

Compte rendu par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

Les livres sont souvent refaits, et ils ont quelquefois besoin de l'être. Le public auquel ils s'adressent est composé d'élé-

ments trop variés et trop mobiles, puisqu'ils se renouvellent sans cesse, pour que le même texte et les mêmes développements répondent à la multiplicité des goûts et à la diversité des convenances qui se modifient avec les personnes. La forme appropriée à tels esprits sera à peine accessible à tels autres. Le sujet lui-même ne conserve pas toujours les mêmes aspects, et les points de vue des auteurs diffèrent sensiblement.

S'il est une question à laquelle s'appliquent avec justesse ces observations, c'est bien certainement la question du rôle et des droits de la religion vis-à-vis de l'État. Que de pages lui ont été consacrées, en ne s'attachant même qu'aux publications de notre siècle, depuis l'abbé de Pradt et Benjamin Constant, sans parler des discours politiques et judiciaires et en laissant de côté le langage officiel! Que de publicistes qui, pour nous éclairer, ne tiennent leur mandat que d'eux-mêmes, se sont attelés à la même tâche!

Le livre qui a été tant de fois fait sur les rapports de la religion et de l'État, M. Franck, et je suis bien loin de le lui reprocher, vient de le refaire sous le titre de *Philosophie du droit ecclésiastique*.

Il n'est pas interdit de toucher à des idées, parce qu'elles ont été beaucoup remuées et qu'au nombre de ceux qui y ont mis la main on compte de Tocqueville, M. Guizot, M. de Rémusat. Le livre de M. Franck se différencie de quelques-uns des ouvrages qui ont récemment attiré l'attention sur son sujet, en ce qu'il n'a et évidemment ne veut avoir aucun caractère polémique. Ne lui demandez ni la chaleur communicative de la *Liberté de conscience*, ni la passion ni les ardeurs de *l'Église, l'État et la Liberté* (1861), ni le style incisif de la *Liberté religieuse* et la *Législation actuelle* (1860), ni l'accent oratoire de l'*Église libre dans l'État libre*. Il a moins les allures d'un plaidoyer que d'une thèse. Sa prétention s'annonce comme purement philosophique, et la méthode est un témoignage de l'idée intentionnelle.

L'auteur examine *à priori*, en raison et en droit, ce qui doit être, avant d'examiner ce qui a été et ce qui est. Il s'enquiert, au début, des principes qui doivent servir de base à ses jugements; il réduit à quatre les théories qui ont été et peuvent être professées sur les rapports de la religion et de l'État, expose chacune d'elles, et fait son choix.

La souveraineté religieuse absorbera-t-elle ou au moins dominera-t-elle la souveraineté sociale? C'est le système théocratique.

La souveraineté sociale absorbera-t-elle, au contraire, ou au moins se subordonnera-t-elle la souveraineté religieuse? C'est le système des religions politiques.

Les deux souverainetés resteront-elles étrangères l'une à l'autre, chacune avec la plénitude de son indépendance et la garde, à ses périls et risques, de son domaine? C'est le système américain.

Les deux souverainetés se concilient-elles en se limitant par un traité, par un véritable règlement de bornage assignant bien à chacune son empire? C'est le système des concordats, le système qui prévaut en France : c'est le système qui a les préférences de M. Franck, et ces préférences s'accordent absolument avec les nôtres.

Mais, et précisément parce que cette doctrine a ma foi, j'aurais voulu que l'auteur la fortifiât et contribuât à l'accréditer en enseignant les moyens pratiques de lui épargner, ou de vaincre les difficultés d'application.

J'appelle de tous mes vœux la réponse à une objection qui a troublé, alarmé de bons esprits.

Sans doute, si les deux souverainetés respectent et la lettre et l'esprit de leur pacte tout à la fois de partage et d'alliance, si elles ne commettent, si elles ne s'attribuent aucun empiétement, si elles n'ont ni querelles ni inquiétudes de voisinage, si elles écartent avec soin toute cause et tout prétexte de litige, on ne peut qu'applaudir au mérite, à l'excellence de l'accord dont l'observation fidèle garantit une inaltérable paix.

Mais les deux souverainetés, aussi bien la souveraineté religieuse que la souveraineté sociale, sont condamnées à demander sur cette terre à l'humanité leurs représentants, et par conséquent leurs représentants ne sont pas complétement exempts des infirmités, des défaillance de notre nature. Ils seront plus ou moins accessibles à la défiance, aux soupçons, aux inspirations de rivalité... D'abord et longtemps, je le veux, sur le pied de l'observation, plus tard sur le pied de la défensive, ne finiront-ils pas, pour se mieux sauvegarder, par entreprendre de s'affaiblir, et de l'attaque indirecte, par un transition brusque ou lente, ne passeront-ils pas à l'attaque directe?

les reproches ne conduiront-ils pas à la violence? les chances de conflit ne seront-elles pas d'autant plus grandes que la souveraineté sociale sera en présence de souverainetés religieuses diverses, animées de sentiments, sinon de jalousie, au moins d'émulation? les complaisances, les concessions pour l'une ne ressembleront-elles pas à des actes d'hostilité, presque d'agression, pour les autres? En l'absence d'un supérieur commun qui juge les différends et assure par des sanctions coercitives l'autorité de ses arrêts, j'ai peine à croire à la paix perpétuelle entre la souveraineté sociale et la souveraineté religieuse. J'y croirais difficilement, n'y eût-il que deux pouvoirs en présence, un pouvoir parlant au nom d'un intérêt terrestre et un pouvoir parlant au nom de Dieu. Mais j'y crois bien plus difficilement encore quand le représentant de la société civile est en face d'interprètes en désaccord d'un certain nombre de sociétés spirituelles. J'admets dans une large mesure l'efficacité des médiations prudentes; mais je dénie à la sagesse des conseils la toute-puissance.

Entre souverainetés temporelles, lorsque les ressources des négociations sont épuisées, le jugement final, ou plutôt, car la force n'est pas toujours la justice, le dernier mot appartient à la guerre... La souveraineté sociale et la souveraineté religieuse joueront-elles l'une vis-à-vis de l'autre le rôle de belligérants et aura-t-on à découvrir, pour moraliser, ou seulement pour régulariser leurs luttes, un nouveau droit des gens? Il y aurait une bien saillante différence entre les armes des combattants, s'ils se réduisaient chacun à celles qui leur sont propres, et je craindrais que trop souvent la victoire fût, au détriment des arguments et même des bons arguments, du côté des gros bataillons. Une guerre par trop inégale n'est pas une véritable guerre; c'est une oppression, une immolation.

Que si le pouvoir spirituel opposait la force matérielle à la force matérielle, ce serait la guerre civile avec toutes ses horreurs, la rupture violente du lien social avec la négation de la souveraineté qui le maintient. Ma conclusion ne saurait être cependant que sur un même territoire il n'y a pas place pour deux souverainetés, bien qu'elles diffèrent par leur origine, leur but et leur sphère d'action. J'aboutirais à l'absorption de l'Église par l'État ou à l'absorption de l'État par l'Église et je repousse énergiquement l'un et l'autre système. Je dis seulement qu'il ne faut pas songer

à un exact équilibre, à un balancement parfait de puissance, mais qu'il est indispensable d'accorder à l'une des souverainetés, même dans l'intérêt de l'autre, la prépondérance. La fiction de l'égalité absolue entre les deux souverainetés c'est le combat, et le plus souvent la violation de la justice et du droit. La supériorité avec des devoirs de protection sanctionnés par l'opinion et la conscience publique, c'est la bonne entente, c'est l'entretien des rapports affectueux, c'est la vie à plusieurs, avec ce qu'il faut de tutelle ou seulement d'ascendant pour éviter l'anarchie.

Sans doute il vaudrait bien mieux que chaque souveraineté, d'elle-même et sans la contrainte d'aucune suprématie, se renfermât dans ses limites. Mais la réalité n'atteint jamais la vérité, ou si l'on veut le type idéal. La bonne foi hésite et se fait illusion sur les confins, et toute controverse, tout doute réclame un juge. La souveraineté religieuse nie la compétence de l'État, qui revendique son droit de juridiction. Restera-t-on dans cette impasse? Je considère que la souveraineté politique, responsable devant la société à laquelle elle dicte des lois, de la conservation des intérêts temporels, cesserait d'être une souveraineté si elle était paralysée par un *veto* étranger à sa conviction. La souveraineté religieuse, dont les sanctions ne sont pas de ce monde, doit par cela même, en ce monde, se borner à l'influence de conseil et de préparation, et fléchir, sauf sa revanche dans la vie à venir, devant la souveraineté terrestre, qui préside en y participant à une vie d'épreuve. C'est dans le cadre de la société civile, à l'abri de ses institutions, de ses lois, de sa police, que les sociétés spirituelles viennent réclamer l'hospitalité pour remplir leur mission; elles ne s'imposent pas à l'individu, elles font appel à sa liberté, elles ne sauraient davantage s'imposer à l'être collectif; elles ne s'adressent aussi qu'à sa raison et à sa conscience, à son intérêt et à la raison, à la conscience, à l'intéret du dépositaire de la souveraineté.

Par la nature des choses, la situation précaire, subordonnée est celle de la souveraineté religieuse, parce que, dans le présent, elle ne prétend et n'a titre pour prétendre qu'au gouvernement des âmes et qu'elle ne le réclame que de leur acquiescement. Ce n'est pas que la souveraineté sociale puisse vexatoirement, capricieusement, mutiler, restreindre la liberté reli-

gieuse, puisque son objet est d'assurer le respect des libertés individuelles et que la liberté d'obéir à ses sentiments religieux n'a pas moins, a plus de titres que les autres libertés, à l'inviolabilité. Mais c'est le souverain terrestre qui assigne à chaque liberté sa mesure, et il est présumé le faire conformément au droit dont il est l'organe. Qu'on ne dise pas que les représentants de la souveraineté religieuse subiront le droit commun, qu'ils répondront, comme les autres citoyens, devant les juridictions répressives de leurs infractions à la loi pénale, mais qu'ils ne doivent être soumis à aucune condition de contrôle, à aucune garantie préventive.

Ils ont une position et une influence exceptionnelles; ils ne parlent pas en leur nom et comme individus; ils parlent au nom d'un pouvoir auquel appartient l'éternel avenir; ils exhortent, prêchent, menacent, tantôt dans l'intimité du secret, tantôt au grand jour, et leur voix, écho pour les croyants de la voix de Dieu, ferait d'irréparables ravages si, au lieu d'enseigner le bien, elle enseignait le mal, si elle se faisait instrument de troubles et de discordes, si, renonçant à contenir les passions, elle les excitait et les soulevait.

Ces idées nous semblent être celles de M. Franck ; « Une institution publique, dit-il, une association puissante, une force morale et toujours plus ou moins occulte dans son œuvre, comme une religion, doit donner à l'État d'autres gages de sécurité que l'individu. » Et l'auteur développe cette proposition dans d'excellentes pages (p. 23 à 26. — Voir aussi p. 15 à 17 et 18. — Rapprocher M. Guizot, *l'Église et la Société* chrétienne en 1861, p. 42, et M. de Montalembert, *l'Église libre dans l'État libre* p. 93).

M. Franck examine une question spéciale dans laquelle on s'attend à le voir faire avec fermeté l'application de ces idées. Il se demande si une religion sans passé, à laquelle l'histoire ne sert pas de témoin, peut, sans avoir préalablement établi que ses dogmes, sa morale, ses tendances, ses cérémonies, sont compatibles avec la civilisation, les mœurs, la constitution d'un pays, ouvrir ses temples, convier le public autour de ses chaires, en un mot commencer une œuvre de prosélytisme et de propagande.

M. Franck impose à la nouvelle venue l'obligation de rédiger sa profession de foi, d'indiquer ce qu'elle est et ce qu'elle pré-

tend faire, quelles sont ses règles de hiérarchie et de discipline. Cette déclaration solennelle, authentique, de ses intentions et de ses procédés, de ses idées fondamentales, de ses formes et de ses symboles, sera transmise au gouvernement, qui, s'il voit un danger, aura un droit de *veto* suspensif, jusqu'à ce que l'autorité judiciaire ait prononcé (p. 81) : « La déclaration une fois rédigée doit être déposée entre les mains de l'autorité, et si elle contient des maximes subversives, soit de l'ordre social, soit de l'ordre politique; si elle prêche la révolte, si elle insulte les mœurs, si, à l'exemple des doctrines de Fourier et de Saint-Simon, ou de la prétendue bible des Mormons, elle autorise la licence, la débauche, la polygamie, je n'accorde pas encore au pouvoir le droit de supprimer la nouvelle secte sous la garantie de sa seule responsabilité, je lui reconnais seulement l'autorité nécessaire pour faire opposition à l'ouverture de ses temples, à ses réunions, à ses prédications, à l'exercice public de son culte, jusqu'à ce que la justice ait prononcé. *La justice sera saisie par voie d'appel*, la cause pourra épuiser tous les degrés de la juridiction, et une fois que la Cour suprême aura prononcé, la secte sera condamnée d'une manière irrévocable. Il résultera de là que la liberté sera de droit commun, que l'opposition sera l'exception, et que la prohibition absolue ne pourra être que l'œuvre de la justice. Ainsi disparaîtra l'autorisation préalable, sans préjudice pour la société et pour les mœurs. »

Ainsi la religion nouvelle sera mise en demeure de promulguer sa profession de foi, c'est-à-dire de se juger elle-même ou de se faire juger par des *prospectus* qui seront présumés sincères, et si le gouvernement, incrédule à ses recommandations intéressées, à son panégyrique complaisant s'obstine à la suspecter, ils iront, elle et lui, en qualité de justiciables, devant les tribunaux qui statueront entre l'accusé et l'accusateur et résoudront une question qui n'est qu'une question de prudence sociale et politique...

N'est-ce pas là faire sortir le pouvoir judiciaire de ses attributions? N'est-ce pas l'appeler, non plus à appliquer les lois, mais à les faire à titre préventif, à les faire, non pas d'une manière générale et en prévision de toute une classe de périls, mais en vue d'une situation déterminée et d'un danger spécial?

Le refus d'asile pour cause d'ordre public, à une religion,

n'est ni une loi ni un jugement; c'est une mesure de tutelle administrative au premier chef, l'acquit d'un soin de conservation. Est-ce que les tribunaux par leurs études, leurs habitudes d'esprit, leurs moyens d'action seraient dans de bonnes conditions pour la vérification ou l'inquisition dont M. Franck les charge? Auraient-ils les ressources dont dispose le pouvoir exécutif pour substituer à l'apparence la réalité, à un mensonge la vérité, pour pénétrer les pensées secrètes, percer le masque des intentions, suivre les influences latentes, l'organisation ténébreuse de tout un système d'initiation et peut-être de contagion?

« Un culte, dit l'auteur, ne se compose pas seulement de cérémonies publiques, que l'État peut surveiller, et ramener par la répression dans de justes bornes; il peut avoir ses agents mystérieux, son influence occulte, son éducation intime, sa direction privée, toutes choses qui agissent plus fortement et plus efficacement que la prédication. Or ici la répression n'est pas seulement impuissante, elle est impossible parce que le mal, s'il y en a, est insaisissable. Et qu'on ne dise pas qu'il en est ainsi dans l'ordre social tout entier, que tout homme peut abuser de son influence personnelle ou de l'ascendant qu'il prend sur les âmes dans ses rapports privés et intimes; que cependant, hors des gouvernements despotiques et justement flétris pour le système de délation qu'ils mettent en pratique, on ne s'est jamais avisé de contenir ou de réprimer ce genre de désordre. Non, la situation est toute différente; le directeur, le confesseur et tout personnage sacerdotal qui agit par des moyens semblables, n'agit pas comme homme privé, mais comme homme public, comme ministre d'un culte, comme interprète de la religion; l'ascendant qu'il exerce n'est pas un ascendant personnel, mais celui de l'institution, celui de la religion même que l'État soutient et fait respecter, qu'il protége dans ses ministres, dans ses sectateurs, dans ses temples, dans ses symboles. Est-il raisonnable, est-il juste que d'un tel pouvoir, et avant de lui permettre de se déployer, avant de le couvrir de son égide, il n'exige pas quelques garanties?

« Quelque danger que puisse présenter pour la société, pour les mœurs, pour l'esprit public, l'action intime de certaines religions, leur action publique peut être plus redoutable encore. De vastes associations, des corporations redoutables peu-

vent enlacer l'État comme dans un réseau et lui ôter peu à peu tous les moyens de se défendre. L'effet sera d'autant plus sûr qu'il sera plus lent, et plus il sera lent, moins il sera facile de le saisir et de le réprimer. La répression ne peut s'exercer que par les mains de la justice, et la justice veut avoir des preuves irrécusables. Puis, que feriez-vous quand le mal aura éclaté, quand la résistance sera organisée, quand l'esprit de ténèbres, ayant fait son chemin, se sera emparé de toute la nation; quand une prédication ouverte aura mis le feu à tous les ferments de haine et de révolte amassés depuis longtemps dans les cœurs? Il sera bien temps alors de faire intervenir les rigueurs de la répression. Non-seulement vous ne réussirez pas à réparer le mal, vous en contiendrez à peine les symptômes extérieurs, mais vous donnerez à la loi et au pouvoir chargé de l'exécuter le caractère odieux de la persécution. C'est toujours un malheur, même pour l'autorité la plus légitime, d'être obligée d'employer la rigueur et la force contre une puissance purement morale. »

Ce sont ces développements qui me paraissent la condamnation du moyen proposé par M. Franck. Ce moyen n'est-il pas en désaccord avec la nature des dangers dont on n'accusera pas l'auteur d'avoir affaibli le tableau?

Les éléments de conviction, pour donner à une religion l'appui qu'elle réclame de la société civile, ne sont pas de nature à figurer comme motifs dans une sentence; il s'agit non de crimes et de délits, mais d'éventualités et de causes d'alarme, non de preuves officielles, mais de vraisemblances, non d'une condamnation, mais d'un refus de concours.

L'État dit aux apôtres nouveaux, aux révélateurs dont il se méfie : Vous avez besoin de ma protection pour votre œuvre, et je crois qu'il est de mon devoir de décliner la responsabilité de cette protection; voilà tout.

Je préfère les garanties du décret du 19 mars 1859 aux garanties indiquées par M. Franck. Sans doute, si, comme M. Jules Simon, comme M. Laboulaye, comme M. de Montalembert, il ne voulait armer l'État que d'un droit répressif, c'est aux tribunaux que le savant professeur du Collége de France devrait en confier l'exercice; mais l'exercice d'un droit préventif est inconciliable, suivant nous, avec les attributions judiciaires.

A. BERTAULD.

DU DROIT DE MARCHÉ.

Discours prononcé le 3 novembre 1864, à la rentrée de la Cour impériale d'Amiens, par M. le procureur général SAUDREUIL.

En lisant ce titre, bien des érudits croiront, à coup sûr, leur science en défaut et interrogeront vainement leurs souvenirs pour caractériser l'idée, le principe ou la coutume qu'il représente. Qu'ils se rassurent! Ce prétendu droit n'a jamais existé. Sous ce titre audacieusement usurpé se cache un des abus les plus odieux que la violence ait enfantés dans l'une des provinces de la France.

Pendant les longues guerres que notre pays a soutenues contre l'Espagne durant la première moitié du XVIIe siècle, la Picardie fut tellement désolée par les armées qui s'y entre-choquaient comme en un champ clos, que les bourgeois durent rester enfermés dans les villes et renoncer à surveiller leurs terres. Les paysans qui les avaient affermées se perpétuèrent naturellement par une sorte de tacite réconduction dans leur jouissance pendant toute cette période, puis quand les bourgeois voulurent reprendre leurs *marchés* de terres (c'est encore le nom usité en Picardie pour désigner les baux à ferme) et disposer de leur propriété, les fermiers prétendirent avoir un droit de jouissance perpétuelle. Dès lors ils formèrent entre eux une ligue pour consommer la spoliation. Aux propriétaires qui persistaient, malgré toutes sortes de menaces, à user du droit de les déposséder, ils ne pouvaient apporter en justice aucun titre pour se défendre; ils donnèrent d'abord l'épithète flétrissante de *dépointeurs* ou spoliateurs (de *desapunctare* ou *depunctare*), puis ils eurent recours aux voies de fait. Le propriétaire qui avait dépointé son fermier se trouvait tout à coup isolé dans un cercle terrible. Voulait-il affermer sa terre, à aucun prix les habitants de sa paroisse ne voulaient contracter. Si, las de voir ses champs en friche, il faisait appel aux habitants des autres paroisses, malheur à celui que la misère poussait loin de son foyer et que les menaces les plus terribles n'avaient pas dissuadé d'accepter la succession d'un dépointé! Les arbres mutilés, les récoltes volées, les charrues brûlées,

les chevaux tués, les domestiques maltraités étaient les moindres violences. S'il persistait à lutter, l'incendie de ses granges et l'assassinat avaient raison de son obstination.

Les édits royaux se succédèrent en vain, prononçant contre les fermiers des mesures dont la sévérité allait toujours croissant. Les crimes étaient commis par des gens masqués, et nul ne trahissait les meurtriers, car nul ne voulait renoncer au moyen de tuer impunément son propre dépointeur. Aussi le droit de marché, loin de céder sous le coup des règlements draconiens édictés contre lui, étendit son empire sur les terres des seigneurs et du clergé, franchit même ses limites primitives et s'implanta dans la Champagne et dans d'autres provinces. Cet agrandissement progressif et cette invasion dans des contrées où il était resté inconnu jusque-là n'est-il pas en effet la preuve irrécusable qu'il n'était qu'une manifestation nouvelle du génie de la cupidité humaine, si fécond à inspirer des formes diverses de spoliation? « Quelquefois, dit l'orateur, il naît spontanément sur le sol, *prolem sine matre creatam*, et il pousse dans les sillons comme les mauvaises herbes au printemps. » L'exemple était si contagieux que les instigateurs de cet abus durent subir la peine du talion. Leurs domestiques de ferme, valets de charrue et bergers prétendirent aussi qu'ils avaient le droit de se perpétuer dans leur service. Mais cette résistance qui constituait pour la conscience des fermiers un avertissement énergique ne fit qu'accroître leur ardeur à attaquer le droit des propriétaires, tandis qu'ils se défendaient victorieusement contre leurs serviteurs.

Si la surprise est grande en parcourant ces monuments de l'improbité des gens du Santerre étalés par l'orateur, la douleur n'est pas moindre quand on apprend que le droit de marché s'est retranché dans son pays d'origine comme dans un camp fortifié, et qu'il s'y défend contre la loi et l'influence bienfaisante des mœurs. — Étrange image de la barbarie qui semble railler le progrès et enseigner aux hommes que la lutte de l'esprit du mal ne finira jamais.

Grâce à la cupidité et à la terreur, le droit de marché s'est insinué dans les lieux multiples que crée la transmission de toute propriété frappée de servitude; il s'est installé dans les pactes de famille, et sous des formules déguisées il y joue le rôle principal. Aussi, fier de la consécration qu'il a reçue de

cet enchevêtrement forcé de mille contrats et de mille droits, il affirme sa légalité, brave la proscription, et, véritable Protée, il apparaît tantôt sous les traits de l'équité, tantôt sous ceux de la spoliation. Quand on veut l'attaquer, il se place sous la protection de droits acquis de bonne foi; quand on lui résiste, il a recours, comme autrefois, à l'arme de la vengeance. C'est pourquoi le voyageur qui traverse l'arrondissement de Péronne voit de distance en distance des champs que, depuis soixante ans, la main du laboureur n'a pas fécondés; le droit de marché avec son cortége de crimes en défend l'entrée et paralyse les cœurs les plus résolus.

Le passé, le présent et l'avenir de cet abus monstrueux, tel est le sombre canevas qui a été rempli par M. le procureur général Saudbreuil.

Suivant lui, toutes les mesures que l'on emploierait pour combattre le droit de marché seraient inefficaces et arbitraires, et le temps seul, avec les révolutions économiques qu'il fait subir à la propriété, courbera ce débris rebelle sous cette loi d'unité, dont il nous retrace d'une façon si sûre et si brillante la marche à travers le passé.

On ne saurait trop louer le magistrat, dont la parole emprunte tant d'autorité au talent et à une haute position, d'avoir fait comparaître solennellement le *droit de marché* à la barre de l'opinion publique, pour le flétrir comme une honteuse exception aux mœurs de l'un des pays les plus civilisés de l'Europe, et d'avoir rappelé aux habitants du Santerre qu'ils ne peuvent pas, sans forfaire aux sentiments les plus sacrés, rester plus longtemps en dissidence avec la conscience publique.

PAUL BERNARD,
Substitut du procureur général à Amiens.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

CONVENTIONS SYNALLAGMATIQUES. — DOUBLE ÉCRIT. — TRANSACTION. PREUVE TESTIMONIALE. — COMMENCEMENT DE PREUVE PAR ÉCRIT.

Par M. Paul Pont,
conseiller à la Cour de cassation.

La Cour de cassation a eu à statuer, il y a peu de jours, sur des questions graves touchant la preuve des conventions. Ces questions, débattues depuis bien longtemps entre les auteurs, étaient nouvelles cependant pour la Cour suprême qui jusqu'ici avait évité ou n'avait pas eu l'occasion de se prononcer; et si nous ajoutons que, sur l'une d'elles du moins, la solution de la Cour de cassation est en sens inverse de l'opinion à laquelle les auteurs se sont rattachés à peu près unanimement, on comprendra l'intérêt qu'il y a à faire de l'arrêt intervenu l'objet d'un examen spécial.

Le fait est tout simple : — Au décès de son maître, une servante se prétendant créancière de ses gages qu'elle n'avait pas touchés pendant les vingt-cinq ans passés au service du défunt, éleva ses réclamations contre la succession. La créance n'était pas contestée par les héritiers; la quotité seule était en discussion, et les parties étaient sur le point de plaider, quand elles se rapprochèrent et firent un acte sous seing privé qu'elles qualifièrent elles-mêmes transaction, et auquel elles apposèrent leur signature. La créance de la domestique y était fixée à la somme de 2,500 francs, moyennant quoi celle-ci renonçait à élever d'autres et de plus amples réclamations contre la succession. Mais plus tard, les héritiers ont refusé d'exécuter la convention; et, assignés en justice, ils ont opposé, à la demanderesse qui produisait l'acte transactionnel à l'appui de sa demande, la nullité de cet acte en ce que, contrairement à l'article 1325 du Code Napoléon, il avait été rédigé en un seul original, bien qu'il contînt des conventions synallagmatiques. La demanderesse a soutenu alors que si l'acte ne valait pas comme titre faisant par lui-même

preuve complète de la convention, il valait, au moins, comme commencement de preuve par écrit; et, en s'autorisant de l'article 1347 du Code Napoléon, elle a demandé subsidiairement à compléter sa preuve à l'aide de témoins.

On aperçoit tout de suite les deux questions que soulevait cette dernière prétention. Il y avait à examiner : d'abord si l'acte sous seing privé, nul pour n'avoir pas été fait en double quoique contenant des engagements réciproques, peut néanmoins servir de commencement de preuve par écrit à l'effet de rendre admissible la preuve par témoins; puis, si, même quand elle peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale est admissible à l'effet d'établir l'existence d'une convention qui, aux termes de la loi, doit être rédigée par écrit, spécialement d'une transaction.

Les deux questions, en effet, ont été résolues dans l'affaire; et la solution affirmative qu'elles ont reçu l'une et l'autre devant la Cour de Colmar, se trouve consacrée dans l'arrêt du 28 novembre 1864, par lequel la chambre civile de la Cour de cassation rejette, sur ces deux points, le pourvoi dont a été l'objet la décision de la Cour de Colmar.

La première de ces solutions, toute dominante qu'elle soit en doctrine et en jurisprudence, y rencontre, cependant, d'énergiques contradicteurs; la seconde est à peu près unanimement contestée. Nous croyons, pour notre part, qu'elles sont l'une et l'autre, également juridiques. Essayons de le démontrer.

I. Et d'abord, est-il vrai que l'acte sous seing privé non fait double, quoique contenant des engagements réciproques, puisse valoir au moins comme commencement de preuve par écrit? S'il fallait s'en référer, sur ce point, au dernier état de notre ancienne jurisprudence, du moins à la jurisprudence du parlement de Paris, la négative serait certaine. On y tenait, en effet, que l'inobservation de la formalité du double original avait pour effet de vicier dans son essence la convention synallagmatique rédigée par acte sous seing privé, et de la faire considérer comme non avenue à défaut de lien réciproque, si bien que l'exécution même était impuissante à couvrir la nullité de la convention ou à en opérer la confirmation.

Mais nous n'en sommes pas là aujourd'hui : ni le texte ni l'esprit de la loi moderne ne justifieraient cette rigueur exces-

sive, qui était propre d'ailleurs au parlement de Paris, et contre laquelle d'autres parlements, notamment celui de Grenoble, protestaient déjà dans l'ancien droit[1]. L'article 1325 dit, en effet, « que *les actes sous seing privé* qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. » Or, sans s'attacher même à la distinction que Toullier établit entre la *non validité* et la *nullité* d'un acte, sans rechercher si un acte que la loi déclare simplement *non valable* est réellement un acte *nul*, c'est-à-dire un acte qui n'a pas d'existence en droit, il est clair qu'il s'agit uniquement, dans l'article 1325, d'une nullité de forme qui atteint l'acte lui-même, sans toucher à la convention que l'acte a pour objet d'énoncer. Cela résulte de la formule même de l'article où il est dit, non pas que la *convention synallagmatique*, mais que l'*acte sous seing privé* ne sera valable qu'autant que la formalité du double original aura été observée; et s'il en fallait une autre preuve, on la trouverait encore dans le même article, qui, rompant avec les traditions du parlement de Paris, ne permet pas à celui qui aurait exécuté de sa part la convention portée dans l'acte de revenir sur l'exécution en opposant la nullité de forme.

Cela étant, pourquoi donc l'acte sous seing privé ne pourrait-il pas, quoique non valable pour inobservation des formalités prescrites par l'article 1325, servir au moins de commencement de preuve par écrit? On ne peut pas contester que tous les caractères du commencement de preuve par écrit, tel qu'il est défini par l'article 1347 du Code Napoléon, ne s'y trouvent réunis. C'est un acte par écrit, première condition exigée par l'article 1347; — il émane incontestablement de celui à qui on l'oppose, deuxième condition requise par le même article; — enfin si à défaut d'avoir été rédigé en la forme voulue il ne fait pas preuve complète de la convention qu'il énonce et avait pour objet de constater, il rend au moins cette convention vraisemblable, troisième et dernière condition dont la définition de la loi demande la réalisation. Pourquoi donc, encore une fois, ne servirait-il pas de commencement de preuve par écrit?

On en donne, pour raison, que l'acte étant nul doit être considéré comme non avenu et n'est susceptible d'aucun effet.

[1] V. Merlin, *Rép.*, v° *Double écrit*, n° 7.

On ajoute que l'acte sous seing privé contenant des conventions réciproques est réputé simple projet par la loi elle-même tant qu'il n'a pas été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. On dit, enfin, qu'il a été dans la pensée du législateur, en édictant l'article 1325, de mettre toutes les parties sur le pied d'égalité en assurant à chacune d'elles également l'exercice des droits résultant pour elle d'une convention synallagmatique, et en ne permettant pas que l'une d'elles, celle qui seule détiendrait le titre, pût en user ou n'en pas user suivant son intérêt ou son caprice, et tenir ainsi toutes les autres à sa discrétion [1].

Mais de tous ces motifs, pas un ne résiste à l'examen.

Sans doute nous sommes ici en présence d'un acte qui n'étant pas fait dans les conditions déterminées par l'article 1325 est nul ou non valable aux termes de cet article. Qu'est-ce à dire? Est-ce que la loi dit quelque part que le commencement de preuve par écrit ne peut résulter que d'un acte complet et régulier? N'est-il pas certain, au contraire, en doctrine et en jurisprudence, qu'une simple note, pourvu qu'elle émane de la partie à laquelle on l'oppose, peut, alors même qu'elle n'est pas signée et qu'ainsi elle n'a pas même l'apparence d'un titre, être prise par le juge comme constituant le commencement de preuve par écrit? Comment donc l'inobservation de la formalité du double écrit pourrait-elle faire qu'il fût interdit au juge d'attribuer ce même caractère à un acte revêtu de la signature de celui à qui on l'oppose et auquel il ne manque, pour faire preuve complète de la convention qu'il énonce, que d'avoir été fait en double? En définitive, il s'agit ici d'une simple nullité de forme; il en résulte que l'acte qui en est vicié ne peut valoir comme titre; mais, comme le dit l'arrêt de la chambre civile du 28 novembre dernier, la nullité qui affecte l'acte sous ce rapport ne l'empêche pas d'exister comme écrit, et la loi n'en demande pas davantage pour autoriser la preuve testimoniale, dès que l'écrit émane de la partie et que le juge y peut trouver des indices ou des présomptions susceptibles de rendre vraisemblable la convention ou le fait allégué.

[1] V. MM. Favard de Langlade, *Rép.*, v° *Acte sous seing privé*, sect. 1, § 2, n° 10; Duranton, t. XIII, n° 164; Chardon, *Du dol et de la fraude*, t. I, n° 125; Duvergier sur Toullier, t. VIII, n° 322, note *a*; Zachariæ, t. IV, § 752, note 11. — V. aussi Bourges, 29 mars 1831; Dalloz, 31, 2, 172; S. V., 32, 2, 82.

Ceci répond également à l'objection prise de ce que l'acte sous seing privé contenant des conventions réciproques est réputé simple projet tant qu'il n'a pas été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Quand même il serait vrai, ce qui n'est pas, que le législateur eût érigé en présomption légale la supposition qu'on met ici en avant, il y aurait encore à démontrer qu'un simple projet, lorsque d'ailleurs il résulte d'un écrit, et qu'il présente les caractères déterminés par l'article 1347 du Code Napoléon, ne peut pas servir de commencement de preuve par écrit. Or, qui tenterait de faire une telle démonstration? Si je produis contre vous un écrit duquel il résulte que vous avez eu la pensée de m'acheter tel objet à certaines conditions, et si, en même temps, j'allègue que plus tard le marché a été conclu entre nous, est-ce que le juge ne pourra pas se saisir de la note que je vous oppose comme émanant de vous, et s'autoriser de l'induction qu'il en peut tirer pour me permettre de prouver, en dehors d'un acte écrit, le marché qui en est la confirmation? C'est de toute évidence; en sorte que dire d'un acte sous seing privé contenant des conventions synallagmatiques qu'il reste à l'état de simple projet tant qu'il n'est pas rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, c'est ne rien prouver contre la thèse qui laisse à l'acte non fait double quoique contenant des engagements réciproques la valeur, au moins, du commencement de preuve par écrit.

Au contraire, on prouve trop quand on veut rattacher la thèse inverse à l'idée qu'en édictant l'article 1325 le législateur a voulu mettre sur le pied d'une égalité parfaite toutes les parties qui concourent dans des conventions synallagmatiques constatées par acte sous seing privé. Sans doute la formalité du double écrit a été inspirée par la pensée de ne pas laisser le titre aux mains d'une seule des parties, afin que l'un des contractants ne reste pas maître d'exécuter la convention ou de s'en affranchir suivant qu'il aurait intérêt à se servir du titre ou à le supprimer. Mais, de ce que celui qui détient le seul original d'une convention qui, par oubli peut-être ou par simple négligence, n'a pas été rédigée en double, ne peut se faire de cet original un titre susceptible de lier par lui-même la partie avec laquelle il a traité, il ne s'ensuit en aucune façon que l'écrit ne puisse pas être invoqué au moins comme commencement de preuve. S'il en était autrement, il fau-

drait se résoudre à voir dans l'article 1347 du Code Napoléon une théorie à peu près sans application. Car l'objection pourrait se produire la même dans la plupart des cas où le commencement de preuve par écrit est invoqué comme moyen d'arriver à la preuve testimoniale. Il est rare en effet que l'écrit d'où l'on fait résulter ce commencement de preuve ne soit pas à la disposition de celui-là seul qui l'invoque; en sorte qu'en suivant l'objection dans ses conséquences directes et toutes naturelles, il faudrait dire que, dans la plupart des cas, sinon toujours, l'article 1347 doit rester inapplicable, puisque dans la plupart des cas où le commencement de preuve par écrit est invoqué comme moyen d'arriver à la preuve testimoniale l'écrit d'où on le fait résulter est exclusivement à la disposition de celui qui s'en prévaut. Il est impossible, on le comprend, de s'arrêter à une objection qui ferait de l'article 1347 à peu près une lettre morte; et c'est parce qu'elle prouverait trop qu'elle doit être écartée.

Ainsi, de tous les motifs donnés à l'appui de la thèse que nous combattons, il n'y en a pas un, nous le répétons, qui résiste à l'examen. Nous nous rattacherons donc sans réserve à la solution consacrée par la Cour de cassation dans son arrêt du 28 novembre 1864 : la Cour a dit « que l'acte sous seing privé non fait double, quoique contenant des engagements réciproques, est susceptible de présenter les caractères du commencement de preuve par écrit tel qu'il est défini par l'art. 1473 du Code Napoléon; que, d'une part, l'acte émane de la partie à qui on l'oppose, laquelle y figure tant pour s'obliger que pour accepter l'engagement pris envers elle, et, d'une autre part, il peut rendre au moins vraisemblable la convention synallagmatique qu'il énonce et a pour objet de constater; que rentrant ainsi dans les termes de l'article 1347, un tel acte peut servir de commencement de preuve à l'effet de rendre admissible la preuve par témoins; que l'article 1325 n'y saurait faire obstacle ; que sans doute il résulte de cet article que l'acte non fait double est nul comme titre; mais que la nullité de forme qui l'affecte sous ce rapport ne l'atteint pas dans son existence matérielle; qu'il existe comme écrit, et que la loi n'en demande pas davantage pour autoriser la preuve testimoniale, si d'ailleurs l'écrit émane de la partie, et si le juge y trouve des indices ou des présomptions susceptibles de rendre vraisemblable la convention ou le fait allégué. »

Ces considérations sont décisives, et sur ce point que la Cour de cassation n'avait pas eu jusqu'à ce jour l'occasion de résoudre, elles mettront sans doute hors de controverse une doctrine qui, du reste, avait infiniment moins d'adversaires que de défenseurs [1].

II. Nous n'en pouvons pas dire autant sur la seconde question, au moins quant à l'état de la doctrine et de la jurisprudence. Il s'agit de savoir si même quand elle peut s'appuyer d'un commencement de preuve par écrit, la preuve testimoniale est admissible à l'effet d'établir l'existence d'une convention qui, aux termes de la loi, doit être rédigée par écrit, spécialement d'une transaction. Sur cette question, l'arrêt de la Cour de cassation se met, au contraire, en opposition avec une doctrine et une jurisprudence des plus constantes. Tous les auteurs, à l'exception de Merlin et de Zachariæ [2], soutiennent, en effet, que l'article 2044 du Code Napoléon ayant dit de la transaction que « ce contrat *doit être rédigé par écrit*, » il en résulte qu'il y a dérogation tout à la fois à l'article 1341 et à l'article 1347, et que la preuve testimoniale doit être écartée non-seulement lorsqu'elle se présente seule, l'intérêt engagé dans la transaction fût-il au-dessous de 150 francs, mais encore lorsqu'elle s'offre à la faveur d'un commencement de preuve par écrit [3]. La jurisprudence des Cours impériales n'est pas moins arrêtée : la question a été portée devant les Cours de Caen et de Pau qui, l'une et l'autre, l'ont successivement résolue dans le même sens [4], et la Cour de Bordeaux

[1] V., dans le sens de l'arrêt, MM. Merlin, *Rép.*, v° *Double écrit*, n° 8; Toullier, t. VIII, n° 322, et t. IX, n°s 84 et 85; Delvincourt, t. II, p. 615; Aubry et Rau, § 756, note 34; Boncenne, t. IV, p. 197; Troplong, *de la Vente*, t. I, n° 33; Solon, *des Nullités*, n°s 11, 29 et suiv.; Marcadé, art. 1347, n° 5. — V. aussi Bordeaux, 3 mars 1826; Besançon, 12 juin 1828 Grenoble, 2 août 1839; Nîmes, 18 novembre 1851; S. V., 26, 2, 267; 28, 2, 274; 40, 2, 196; 52, 2, 363; Dalloz, 29, 2, 102; 40, 2, 162; 54, 5, 599; *J. Pal.*, 1853, t. II, p. 279.

[2] V. Merlin, *Quest.*, v° *Transaction*, § 8, n° 3; Zachariæ, édit. Massé et Vergé, t. V, p. 85, note 6.

[3] V. MM. Marbeau, n°s 203, 204; Troplong, *Transaction*, n° 30; Bonnier, n° 138; Massé et Vergé, t. V, § 767, note 6; Aubry et Rau, t. III, p. 480; Dalloz, v° *Transaction*, n° 32; Larombière, t. V, p. 125; Taulier, t. VI, p. 544; Mourlon, t. III, p. 373.

[4] Caen, 12 avril 1845, Pau, 1er août 1860 : S. V., 46, 2, 168; 61, 2, 339; Dalloz, 45, 2, 108; 61, 2, 55; *J. Pal.*, 1845, t. II, p. 420; 1861, p. 871.

a étendu la solution à une transaction intervenue en matière commerciale[1]. Or, sur le second point du moins, la Cour de cassation dit positivement le contraire. Elle aurait pu éluder la question, comme elle le fit en 1835, quand elle rejeta le pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour de Bordeaux qui s'était prononcée pour l'admissibilité de la preuve testimoniale : le pourvoi ne fut rejeté alors que parce que aux yeux de la Cour il résultait des constatations de l'arrêt attaqué que, dans l'espèce, l'existence de la transaction n'était contestée par aucune des parties[2]. La même situation se produisait, en 1864, devant la Cour de Colmar. Car si les héritiers contre lesquels la preuve était offerte querellaient l'acte au point de vue de la forme, ils ne méconnaissaient pas l'existence de la convention, ce qui était constaté en fait par l'arrêt attaqué. Mais la Cour de cassation laissant de côté, cette fois, le point de fait, a voulu juger en droit, et elle a dit : « Aux termes de l'article 2044 du Code Napoléon, la transaction doit être rédigée par écrit; si le texte déroge par là à la disposition de l'article 1341 et par suite impose la nécessité de l'écriture, comme moyen de preuve, alors même que l'intérêt engagé dans la transaction est au-dessous de 150 francs, il laisse entière, par cela même qu'il n'en dit rien, la disposition de l'article 1347 qui, statuant en vue des contrats en général, autorise la preuve testimoniale, quelle que soit l'importance de la convention, lorsque cette preuve peut s'étayer d'un commencement de preuve par écrit. En effet, la loi, en ce qui concerne la transaction, n'est ni plus formelle dans son texte ni plus absolue dans ses prescriptions qu'en ce qui concerne les autres contrats; si elle veut, d'après l'article 2044, que la transaction *soit rédigée par écrit*, elle exige, par l'article 1341, *qu'il soit passé acte* de toutes choses excédant la somme ou valeur de 150 francs; ces deux dispositions ne sauraient donc comporter, dans l'application, une différence telle que la première dut faire obstacle à l'admission de la preuve testimoniale de la transaction dans le cas spécial prévu par l'article 1347, alors que la seconde n'y fait pas obstacle pour les autres contrats. A la vérité, l'article 2044 ne reproduit pas l'exception de l'article 1347; mais l'exception est posée, par ce dernier article, en

[1] Bordeaux, 5 février 1857; *J. Pal.*, 1858, p. 717; S. V., 57, 2, 575.

[2] Réq., 25 février 1835 : Dalloz, 38, 1, 438; S. V., 35, 1, 225; *J. Pal.*, à sa date.

termes généraux qui s'appliquent à tous les contrats, et pour en refuser le bénéfice à la transaction, il faudrait une disposition expresse qui n'existe pas. »

Nous avons dit ailleurs[1], et il nous sera permis de répéter ici, que cet arrêt, bien qu'il ait rompu avec les données de la doctrine et de la jurisprudence sur la question, n'en fait pas moins de l'article 2044 la seule interprétation que puissent avouer la raison, la justice et le droit.

Et d'abord nous regardons comme décisif l'argument de texte dans lequel se résume toute la théorie de l'arrêt. Quoi de plus décisif, en effet, que le rapprochement des deux dispositions mises en présence par la Cour de cassation? D'une part, l'article 2044 dit de la transaction qu'elle *doit être rédigée par écrit;* d'une autre part, l'article 1341 dit des contrats en général, dont l'intérêt excède la somme ou valeur de 150 francs, qu'il *en doit être passé acte*. Évidemment ce sont là deux textes qui, s'ils diffèrent par l'expression, sont identiques par la disposition. Et la Cour de cassation a pu dire avec une exactitude parfaite que la loi, en ce qui concerne la transaction, n'est ni plus formelle dans son texte ni plus absolue dans ses prescriptions qu'en ce qui concerne les autres contrats. Or si l'article 1341, relatif à ces autres contrats, n'exclut pas, bien qu'il consacre la nécessité de l'écriture, la possibilité de prouver par témoins l'existence de la convention, quand il y en a un commencement de preuve par écrit, comment donc s'expliquerait-on que l'article 2044, quand il ne fait de son côté qu'établir la nécessité de l'écriture en ce qui concerne la transaction, fût exclusif de la preuve testimoniale s'offrant aussi à la faveur d'un commencement de preuve par écrit? Encore une fois, l'article 1341 n'est ni plus formel ni plus absolu que l'article 2044 : l'un et l'autre ils se bornent à exiger l'écriture comme moyen de preuve; ils l'exigent l'un et l'autre en termes équivalents, sinon identiques; l'un et l'autre ils sont également muets sur l'exception de l'article 1347; l'un ne saurait donc pas plus que l'autre, dans l'application, faire obstacle à l'admission de la preuve testimoniale dans ce cas exceptionnel.

L'arrêt de la Cour de cassation se renferme dans ce simple rapprochement, qui suffit, en effet, à la justification de sa thèse.

Mais si nous descendons aux applications spéciales, combien

[1] V. l'explication de l'article 2044 dans notre Traité-Commentaire des *Petits contrats*.

d'autres rapprochements viennent encore à l'appui de la solution!

Ainsi, l'article 1582 du Code Napoléon dit que la vente peut être faite par acte authentique ou sous seing privé, ce qui, comme l'explique Merlin (*loc. cit.*), signifie que, sinon pour la validité du contrat, au moins pour la preuve, la vente doit être rédigée par écrit, sauf le droit qu'ont les parties de choisir entre la forme authentique et celle de l'acte sous seing privé. A qui viendrait-il à la pensée de soutenir que l'écriture étant exigée pour la preuve de la vente, il en résulte qu'une vente alléguée par l'une des parties, mais niée par l'autre, ne pourra pas être prouvée par témoins lorsque l'existence en sera rendue vraisemblable par un commencement de preuve par écrit? « Dans les ventes, a dit Portalis dans l'Exposé des motifs du titre de la Vente, *et dans les autres contrats ordinaires*, l'écriture n'est exigée que comme preuve, *tantum ad probationem*. Ainsi une vente ne sera pas nulle par cela seul qu'elle n'aura pas été rédigée par écrit. Elle aura tout son effet, s'il conste d'ailleurs de son existence. Il sera seulement vrai de dire, *comme à l'égard des autres conventions, que la preuve par témoins n'en doit point être admise, s'il n'y a des commencements de preuve par écrit*[1].

L'article 1834, reproduisant la formule même de l'article 2044, dit que *toutes sociétés doivent être rédigées par écrit*, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de 150 francs. De ce que l'écriture est exigée ici encore comme moyen de preuve, va-t-on conclure que la preuve testimoniale d'une société établie dans les termes du Code Napoléon est inadmissible même dans le cas spécial de l'article 1347? La Cour de cassation a répondu en cassant, le 16 avril 1806, sur les conclusions conformes de Merlin, un arrêt de la Cour de Paris qui s'était prononcé pour l'affirmative[2].

L'article 1923 du Code Napoléon dit que le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit et que la preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant 150 francs. Il n'y a cependant pas d'auteur qui, même en présence d'un texte non moins impératif que les précédents touchant l'écriture, n'admette que la preuve testimoniale peut être ordonnée,

[1] Portalis, *Exposé des motifs* (V. Locré, t. XIV, p. 143). V. aussi l'opinion de Grenier (*ibid.*, p. 236).

V. Merlin, *Rép.*, v° *Société*, sect. 3, § 2, art. 1, n° 2.

conformément à l'article 1347, quand il existe un commencement de preuve par écrit [1].

L'article 311 du Code de commerce veut que le contrat à la grosse soit fait devant notaire, ou sous signature privée. S'ensuit-il que le prêt dont il ne serait pas produit d'écrit ne pourrait en aucun cas être prouvé par témoins? Nullement : ce mode de preuve est déclaré admissible par les auteurs quand le demandeur n'est pas dépourvu d'un commencement de preuve par écrit [2].

Il est difficile, ce nous semble, de résister à l'argument que la doctrine consacrée par la Cour de cassation peut puiser dans ces dispositions auxquelles d'autres encore pourraient être ajoutées. Voilà des textes dans lesquels le législateur, par tels ou tels motifs que nous n'avons pas à rechercher, pose en principe la nécessité de l'écriture comme moyen de preuve. Il n'y en a pas un, cependant, qui soit et puisse être considéré comme exclusif de la preuve testimoniale quand il y a commencement de preuve par écrit, pas un dès lors qui ne laisse entière, par cela même qu'il n'en dit rien, la disposition de l'article 1347. Comment n'en serait-il pas de même de l'art. 2044? Comme toutes les dispositions précitées, il se borne également à exiger l'écriture; pas plus qu'aucune de ces dispositions, il ne s'explique ni directement ni indirectement sur l'article 1347! Se peut-il donc que, sans en rien dire, il déroge à ce dernier article, quand les dispositions précitées le laissent debout par cela seul qu'elles n'en disent rien?...

Ce serait donc une exception aux règles communes. Mais une exception n'est pas l'effet d'un caprice : il faut qu'elle soit motivée.

Quels seraient ici les motifs? La transaction est-elle, plus que les autres contrats, en général, un contrat solennel? Non assurément : c'est un contrat essentiellement de bonne foi, un de ces contrats *ordinaires* auxquels, dans le passage de l'Exposé des motifs que nous venons de rappeler, Portalis fait allusion par opposition aux contrats *solennels*. Et, en effet, il n'est personne qui ne reconnaisse que si l'écriture est exigée pour la transaction, ce n'est pas comme condition essentielle et nécessaire à la validité du contrat, c'est comme moyen d'en prouver l'existence.

[1] V. notre commentaire des *Petits contrats*, t. I, n° 402.
[2] V. MM. Pardessus, n° 898; Toullier, t. IX, n° 233.

Pourquoi donc une exception? Les auteurs ont compris la nécessité de le dire, et, tous sans réserve, ils ont trouvé l'explication (c'est leur unique raison de décider) dans cette observation tirée du rapport d'Albisson au Tribunat : « La seule condition que le projet ajoute, et qui devait l'être par rapport à la nature particulière de la transaction, c'est qu'*elle soit rédigée par écrit;* ce qui est infiniment sage, car la transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou les résultats d'une preuve testimoniale [1]. »

Mais qu'on y regarde de près! En elle-même d'abord, l'observation manque de justesse. Car enfin si l'on dit de la transaction qu'elle est destinée à prévenir un procès, on peut dire également de toutes les conventions arrêtées par écrit que nous prenons le soin de les écrire principalement pour que les choses soient précisées de manière à éviter toutes contestations ultérieures sur l'existence ou les conditions de la convention. Évidemment ce serait par un faux raisonnement que tournant contre les contractants la précaution qu'ils ont prise, on dirait que parce qu'ils ont agi en vue de prévenir les difficultés dans l'exécution, l'accès des tribunaux doit leur être fermé en cas de difficulté. Or, on ne raisonne pas mieux en disant de la transaction qu'étant destinée à prévenir un procès, elle ne doit et ne peut pas être l'objet d'un autre procès quant à son existence. Et nous opposons à ce raisonnement les décisions, de doctrine ou de jurisprudence, qui soit dans le cas où une transaction alléguée par l'une des parties est niée par l'autre, soit dans celui où la signature apposée au bas d'un acte transactionnel privé est déniée (toutes circonstances où précisément l'existence de la transaction est en question), laissent le champ ouvert aux débats judiciaires, et admettent soit l'aveu, soit le serment décisoire, soit la vérification d'écriture comme moyen d'établir, en justice, l'existence et la réalité de la transaction.

Quoi qu'il en soit, prenons dans ce qu'elle est l'observation du tribun Albisson : elle ne justifierait pas encore l'induction qu'on a cru pouvoir en tirer.

De quoi s'agit-il ici? de savoir si l'article 2044 déroge à l'article 1347. Or ce n'est pas de cela que s'occupe le tribun

[1] V. Locré, t. XV, p. 431, 432.

Albisson. Il se prononce contre la preuve testimoniale qui se présente seule avec toute l'incertitude et les dangers d'une preuve de cette nature; mais de la preuve testimoniale s'offrant à la faveur d'un commencement de preuve par écrit, il ne dit pas un seul mot.

Et en cela, il parle comme le texte même dont il présente le commentaire.

En effet, l'article 2044 est précis : il dit que *la transaction doit être rédigée par écrit;* il ne dit rien de plus.

C'est déjà beaucoup d'en conclure, avec l'arrêt du 28 novembre 1864, que par là le texte déroge à la disposition de l'article 1341 en ce sens qu'il impose la nécessité de l'écriture, comme moyen de preuve, alors même que l'intérêt engagé dans la transaction est au-dessous de 150 francs. On ne voit pas bien, en effet, pourquoi la transaction est traitée, sous ce rapport, avec plus de rigueur que les autres contrats; et, peut-être, à cause de cela pourrait-on dire qu'en exigeant l'écriture l'article 2044 a entendu reproduire la disposition de l'article 1341 et non y déroger[1]. Cependant, comme en définitive la loi, dans l'art. 2044, s'explique en termes absolus, et sans fixer la limite posée par l'article 1341, comme en cela il diffère des articles 1834 et 1923 dans lesquels, au contraire, la limite est rappelée, on peut aller jusqu'où va l'arrêt de la Cour suprême. Mais aller au delà, prendre l'article 2044 comme impliquant dérogation non-seulement à l'article 1341, mais encore à l'article 1347, ce serait exagérer les choses, ce serait faire la loi au lieu de l'interpréter et l'établir dans les conditions les plus propres à favoriser l'injustice et la mauvaise foi.

En définitive, il en est de la transaction, comme des autres contrats; elle peut être ce qu'il y a au monde de plus simple, la cause dans laquelle est intervenu l'arrêt du 28 novembre 1864 en fournit la preuve; mais elle peut aussi et plus habituellement elle est compliquée. Si en raison de cela et pour ne pas en livrer le sort à l'incertitude des témoignages, le législateur a pu se déterminer à proscrire la preuve testimoniale isolément invoquée, il n'avait pas le même motif de la proscrire également lorsqu'elle est offerte à la faveur d'un commencement de preuve par écrit. La preuve testimoniale n'ayant plus alors pour objet que de compléter ou de corroborer la preuve qui déjà résulte

[1] V. les observations de M. Zachariæ, *loc. cit.*

en partie de l'acte produit, il n'y avait aucun intérêt à déroger à la règle de droit commun consacrée par l'article 1347. Cela explique le silence de l'article 2044 à cet égard; silence, d'ailleurs sans inconvénient ni danger, le juge restant toujours avec son droit d'appréciation qui permettra d'admettre ou de rejeter le commencement de preuve suivant que l'écrit produit rendra ou non vraisemblable la transaction alléguée. Renfermons-nous donc dans les termes de la loi, et n'allons pas, en y introduisant une dérogation qui n'est pas écrite, faire de la transaction une convention qui étant moins qu'un contrat solennel et plus qu'un contrat ordinaire, constituerait une véritable anomalie. PAUL PONT.

DES VENTES DOMANIALES

AVANT LA LOI DES 14 MAI-1er JUIN 1864 ET D'APRÈS CETTE LOI.

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

(*Suite*[1].)

SECTION II.

De la vente des immeubles domaniaux d'une valeur estimative supérieure à un million.

SOMMAIRE.

164. Détermination de la limite exacte où cesse la délégation législative.
165. Estimation de la valeur par l'administration des finances.
166. *Quid*, si l'évaluation étant inférieure à un million, le prix d'adjudication est supérieur?
167. Moyens à l'aide desquels le Corps législatif contrôlera l'évaluation.
168. La vente partielle ou par lots exige une loi, dès que la valeur estimative de la totalité de l'immeuble dépasse un million.
169. Examen de diverses difficultés.
170. Première espèce.
171. Deuxième espèce.
172. Conclusion.

[1] V. le présent tome, p. 120, 306 et 419.

173. Cette règle constitue le seul changement à la pratique antérieure.
174. Elle forme aussi l'unique changement apporté à la législation antérieure.
175. Caractère de cette nouvelle disposition.
176. Sa portée pratique dans le présent.
177. Triple application qu'elle a déjà reçue.
178. Perspectives ultérieures d'applications diverses.
179. La nécessité d'une loi pour la vente des immeubles d'une valeur supérieure à un million ne s'applique pas aux immeubles dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.

164. C'est la seconde phrase du texte si bref de la loi nouvelle, qui fixe la limite entre le point où doit s'arrêter l'exercice de l'autorisation législative et celui où commencera désormais le pouvoir délégué au gouvernement; cette limite est le chiffre d'un million. Il faut remarquer que l'immeuble qui serait estimé valoir exactement un million, pourrait être vendu administrativement sans une loi spéciale d'autorisation; pour qu'une loi devienne nécessaire, le texte exige que *l'immeuble soit, en totalité, d'une valeur estimative supérieure à un million.*

165. Cette estimation sera faite, par experts, sous l'autorité et à la diligence de l'administration des finances, suivant les règles décrites ci-dessus (nos 36 et 102). Il n'y a pas à suspecter la sincérité de ces évaluations; un gouvernement, jaloux de sa propre dignité, exécutera toujours cette disposition avec loyauté, et il n'y a pas à craindre que jamais une administration cherche à dissimuler une partie de la vérité, en diminuant le prix d'évaluation, pour se soustraire à l'obligation d'obtenir une loi, au risque de compromettre les intérêts de l'État.

166. Il pourrait toutefois arriver que les enchères vinssent à dépasser les prévisions de l'administration des finances, et qu'un immeuble évalué un million ou au-dessous, et vendu sans intervention législative, soit, à la chaleur des enchères, adjugé pour un prix supérieur. Ce fait, selon toute vraisemblance, se produira rarement; mais il est possible, et l'on comprendra qu'il est susceptible de se produire, même avec une évaluation préalable faite avec la plus entière sincérité. Peut-être se demandera-t-on si, dans ce cas, la loi nouvelle exige qu'il soit sursis à l'adjudication jusqu'à ce qu'une loi d'autorisation ait été rapportée.

Nous ne le pensons pas.

Ce mode de procéder présenterait de graves inconvénients pratiques, des retards considérables, une perte d'intérêts fort importante; et peut-être ne retrouverait-on plus, à une seconde adjudication, le prix offert à la première.

En outre et surtout, cette interprétation nous paraît formellement condamnée par le texte de la loi; c'est pour l'immeuble qui, en totalité, *est d'une valeur estimative* supérieure à un million, qu'une loi est exigée. Ainsi ce n'est pas le prix de vente, le prix réellement obtenu à l'adjudication, c'est la valeur d'évaluation qui doit être prise en considération pour régler la compétence des deux pouvoirs.

De sorte que la mise aux enchères est régulièrement ouverte du moment qu'il existe au dossier un procès-verbal d'évaluation d'une valeur non supérieure à un million; il suffit sous ce rapport que la mise aux enchères soit régulière au début, pour que l'adjudication puisse et doive être prononcée quel qu'en soit le prix.

167. Cette évaluation, signe régulateur des deux compétences, est faite sous la responsabilité de l'administration des finances et du gouvernement. La loi des comptes et les lois d'ouverture de crédit nécessaires pour l'emploi des fonds provenant des ventes, fourniront autant d'occasions de contrôle au Corps législatif. Ce seront, en outre des garanties parfaites de loyauté que présente l'administration française, autant de motifs pour le ministre des finances et pour le gouvernement de surveiller ces travaux d'évaluation et de respecter religieusement la limite imposée par la loi à la délégation dont ils sont investis.

168. Il faut remarquer dans le texte ces mots « *en totalité* », et ceux-ci « ne pourra être aliéné, *même partiellement ou par* « *lots*, qu'en vertu d'une loi. » C'est l'évaluation de la valeur *totale* de l'immeuble qui, seule, doit être prise en considération, et, dès l'instant qu'elle dépasse un million, une loi devient nécessaire pour qu'il puisse être vendu, soit en totalité en bloc [1], soit en totalité par lots, soit partiellement.

La vente partielle ou la vente totale avec division de lots

[1] Ce qui se voit rarement; on procède alors le plus souvent, non par *ventes*, mais par *concessions* au profit de communes ou de départements, et une loi est toujours nécessaire sans distinction de valeur pour ces sortes d'aliénations (nos 31, 32, 40).

sont les seuls modes qui soient généralement praticables pour les immeubles de cette importance, et sans cette disposition la nouvelle loi eût été à peu près illusoire.

169. Des espèces très-diverses pourront se présenter dans la pratique. Plusieurs sont de nature à faire quelque difficulté.

Nous n'avons pas la prétention de toutes les prévoir, mais seulement d'en indiquer et d'en résoudre quelques-unes.

170. Si, d'un immeuble ayant en totalité une valeur estimative supérieure à un million, une partie valant moins d'un million est délaissée à l'administration des domaines comme désormais inutile au service public, tandis que l'autre partie y demeure affectée, la vente de la partie délaissée ne pourra-t-elle avoir lieu qu'en vertu d'une loi?

Nous croyons qu'une loi ne sera pas nécessaire.

Le plus souvent ce fait ne se produira qu'à l'occasion d'immeubles qui, primitivement séparés, avaient été réunis pour être affectés à un même service public.

En fait il faut, pour que cette séparation puisse être accomplie, que la partie délaissée constitue désormais, après cette distraction, un immeuble distinct, et il suffit alors que par elle-même elle ne dépasse pas la limite légale, pour qu'elle puisse être directement vendue par l'administration.

Cette condition que nous exigeons ne permet pas au gouvernement d'arriver, à l'aide de délaissements successifs, à vendre par parties la totalité de cet immeuble; d'ailleurs il faut raisonner d'après une exécution sincère et loyale de la loi; et si un pareil abus venait à se produire, le contrôle législatif devrait en faire justice à l'occasion de la loi des comptes ou des lois relatives à l'emploi des fonds. Mais cet abus ne nous paraît pas sérieusement à craindre de la part de l'administration qui y engagerait gravement sa responsabilité; et dans tous les cas la perspective d'un abus possible ne nous semble pas devoir modifier la solution qui, d'après nous, découle naturellement du texte et de l'esprit de la loi.

171. Autre espèce. Un immeuble d'une valeur estimative supérieure à un million, cesse en entier d'être utile au service public auquel il était affecté; une portion de cet immeuble est alors affectée à un autre service public; une autre portion du même immeuble, d'une valeur estimative d'un million ou au-

dessous, est destinée à être mise en vente; une loi sera-t-elle nécessaire?

La question peut paraître plus délicate encore.

Nous croyons cependant qu'en principe il convient de donner la même solution que dans l'espèce précédente; les raisons de décider nous paraissent être les mêmes et devoir l'emporter sur la possibilité des mêmes abus.

Mais dans un cas comme dans l'autre il faut, ainsi que cette séparation et cette différence d'affectation le font supposer, que les deux parties constituent réellement deux immeubles distincts.

172. Il résulte des exemples que nous venons de citer, qu'en principe et sauf des circonstances exceptionnelles, la vente partielle interdite au gouvernement sans loi spéciale est seulement celle d'un immeuble d'une valeur estimative supérieure à un million, qui est jusqu'à concurrence de plus d'un million en dehors de toute affectation au service public.

173. Cette disposition qui ne permet la vente des immeubles domaniaux d'une valeur estimative supérieure à un million qu'en vertu d'une loi, constitue le seul changement à la pratique antérieure. Le rapport le constate lui-même par ces mots : « Vous exercerez à l'avenir un contrôle non contesté « sur la vente des immeubles les plus importants, qui hier en- « core étaient aliénés sans votre concours....., »

174. Nous ajoutons que c'est aussi l'unique changement apporté à la législation antérieure, ainsi que le constate une instruction du directeur général de l'enregistrement et des domaines en date du 22 juin 1864 (n° 2,282). Cette disposition nouvelle constitue une restriction de la délégation législative plus générale dont le gouvernement était précédemment investi; le pouvoir législatif use dans la loi de 1864 de son droit de retirer la délégation émanée de lui; il en opère un retrait partiel.

175. Tel est bien le caractère de cette disposition, non pas seulement d'après l'interprétation que nous avons donnée à la législation de l'an X, mais d'après l'interprétation que comporte le texte même de la loi nouvelle, ainsi que nous l'avons déjà expliqué dans la section précédente. C'est là le résultat du vote du 27 avril. Dans cette transaction équitable entre des prétentions contraires, mettant fin au conflit qui venait de surgir, le pouvoir exécutif a refusé d'admettre la négation

de son droit dans le passé, il a introduit, au contraire, dans la loi nouvelle, la constatation d'une délégation antérieure qui lui est *continuée;* mais il a adhéré au retrait partiel de cette délégation, en ce qui concerne les immeubles dont l'importance justifie un contrôle plus étroit, et pour lesquels l'intervention législative et le retour au principe de l'article 8 de la loi domaniale de 1790 peuvent présenter le plus d'intérêt.

176. Pour apprécier au point de vue pratique la nouvelle attribution reprise par le pouvoir législatif, il suffit de se reporter aux chiffres officiels[1] relevés dans le rapport de la commission. Ils donnent une idée complète et parfaitement exacte de la disposition, et prouvent que M. le rapporteur disait avec raison au Corps législatif : « Votre prérogative n'en trouvera « pas moins des occasions fréquentes de se manifester. »

177. La loi nouvelle était en effet à peine votée que le Corps législatif avait à en faire trois applications.

L'une forme l'article 32[2] de la loi du 8 juin 1864, portant fixation du budget ordinaire de l'exercice 1865; les recettes à

[1] « Votre commission a voulu se rendre un compte exact de la portée « immédiate de la loi, si elle était votée, en ce qui concerne les immeubles « dont la remise a été faite au domaine, mais dont la vente n'a pas encore « eu lieu ou n'a pas été l'objet d'autorisations spéciales.

« Ces immeubles ont une valeur totale de 10,053,000 francs (*a*).

« Quatre d'entre eux seraient soumis à votre contrôle; ils représentent « un total de 7,753,000 francs, soit plus des trois quarts de la valeur totale. « Telle est la proportion dans laquelle interviendrait dès à présent le pou- « voir législatif. »

[2] Cet article est ainsi conçu :

Le ministre des finances est autorisé à aliéner aux enchères publiques l'ilot n° 20 des terrains de l'ancien lazaret de Marseille, dont la valeur estimative est de 2 millions.

(*a*) Voici la nomenclature de ces immeubles :

Seine. Hôtel de l'ambassade d'Autriche	1,100,000 fr.
— Hôtel de la Reynière	1,100,000
— Buanderie des Invalides	900,000
Seine-Inférieure. Terrains des fortifications du Havre	3,500,000
Savoie. Salines royales de Moutiers	600,000
Rhône. Séminaire de Saint-Irénée	800,000
— Terrain de la Part-Dieu	100,000
Bouches-du-Rhône. Terrains dépendant de l'ancien lazaret (ilots 20 et 28)	2,053,000
— Terrains de Saint-Lazare	300,000
Gironde. Terrains de Soulac	100,000
Total	10,053,000 fr.

provenir de cette vente (îlot n° 20 des terrains de l'ancien lazaret de Marseille) figurent au budget ordinaire de 1865 (état E, revenus et prix de vente de domaines).

La seconde forme l'article 3[1] de la loi du 8 juin 1864, portant fixation du budget extraordinaire de l'exercice 1865; les recettes à provenir de cette vente (terrains à provenir, après nivellement, des anciens fronts ouest, fortifications du Havre) figurent au budget extraordinaire de 1864 (état A).

La dernière forme l'article 16[2] d'une troisième loi du 8 juin 1864 relative aux suppléments de crédit de l'exercice 1864; les recettes à provenir de cette vente (îlot n° 15 des terrains de l'ancien lazaret de Marseille) figurent au budget rectificatif de 1864 (état C, vente d'immeubles militaires).

178. Indépendamment de ces applications déjà faites, quelques autres encore sont déjà en perspective pour les exercices ultérieurs. Le rapport indique ces éventualités dans des termes qui peuvent contribuer à faire plus complétement apprécier la portée pratique de la loi[3].

179. Il convient d'achever l'examen de cette partie de la loi et de terminer cette section, en constatant que cette disposition finale de la loi nouvelle ne s'applique pas *aux immeubles domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.*

Cette restriction domine la loi tout entière; quoiqu'elle se trouve placée à la fin de la première phrase, nous croyons

[1] Cet article est ainsi conçu :

Le ministre des finances est autorisé à aliéner aux enchères publiques les terrains à provenir, après nivellement, des anciens fronts ouest des fortifications du Havre, dont la valeur estimative est de 3,500,000 francs.

Il sera tenu compte des frais de nivellement par les acquéreurs.

[2] Cet article est ainsi conçu :

Le ministre des finances est autorisé à aliéner aux enchères publiques l'îlot n° 15 des terrains de l'ancien lazaret de Marseille, dont la valeur estimative est de 1,100,000 francs.

[3] Voici cette partie du rapport qui fait suite au passage rapporté au n° 176 :

« Dans certaines éventualités, vous pourriez également être appelés à vous « prononcer sur l'opportunité de la vente de plusieurs immeubles affectés « encore aujourd'hui à des services publics, mais pouvant, d'un moment à « l'autre, passer dans le domaine de l'État. Pour Paris seulement, nous « mentionnerons l'ancien hôtel du ministère de l'intérieur, rue de Grenelle-« Saint-Germain; l'hôtel des Postes, l'Assomption, l'Opéra actuel, etc., etc. « Il en existe également un certain nombre dans les départements; aucun « de ces immeubles ne pourrait être aliéné sans votre concours. »

qu'elle se réfère également à la seconde phrase que nous venons de commenter. En un mot, la loi nouvelle dans son entier n'est pas applicable aux parties du domaine de l'État dont l'aliénation est régie par des lois spéciales; pour elles ces lois subsistent et continuent à être seules applicables aux ventes dont elles pourraient être l'objet. Il faudra, soit une loi, soit un décret, soit une décision ministérielle, suivant les prescriptions de ces lois spéciales, sans qu'il y ait à faire, au point de vue de la valeur estimative des immeubles, la distinction de ceux au-dessus ou au-dessous d'un million établie par la loi nouvelle; la distinction dont il s'agit reste étrangère aux biens domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales. Cette importante observation sert de transition naturelle à l'examen de ces lois.

SECTION III.

De la vente des forêts domaniales.

SOMMAIRE.

180. Disposition de la loi des 14 mai-1er juin 1864, qui exclut de son cercle d'application les biens domaniaux dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.
181. Objet général de cette section et de la section suivante.
182. Énumération très-importante contenue dans le rapport supplémentaire de M. de Voize; mention spéciale quant aux forêts domaniales.
183. Objet de la présente section.
184. Importance des forêts domaniales.
185. Généralités; controverses; un point constant : les forêts domaniales n'ont jamais été entièrement soumises au droit commun du domaine de l'État.
186. Motifs de cette exception.
187. Premier motif, tiré de la nature de la propriété forestière.
188. Second motif, tiré de la nécessité de conserver les forêts dans un intérêt politique, économique, industriel, hygiénique, astronomique et agricole.
189. Ces vérités sont unanimement reconnues; elles l'ont été par l'Assemblée de 1789 et par les législateurs qui ont suivi.
190. Décret du 6 août 1790 et article 12 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790.
191. Ce qu'il faut entendre par *grandes masses de bois et forêts* d'après la loi du 2 nivôse an IV.
192. Elles sont inaliénables d'après la législation de 1790 et celle de l'an IV.
193. Elles sont également imprescriptibles d'après l'article 36 de la loi de 1790.

194. Cet état de choses a duré jusqu'en 1804; mais il y a controverse sur le point de savoir si les grandes masses de forêts domaniales sont devenues prescriptibles en vertu de l'article 2227 du Code Napoléon.
195. MM. Serrigny, Gaudry, Proudhon, Curasson et Meaume.
196. Grave intérêt pratique de la question, nonobstant une opinion émise par M. Gaudry.
197. Controverse dans la jurisprudence des Cours impériales.
198. Jurisprudence de la Cour de cassation et raisons de décider.
199. Seconde controverse.
200. La loi de finances du 25 mars 1817 a-t-elle rendu les grandes masses de forêts domaniales aliénables et prescriptibles?
201. Solution affirmative donnée par Proudhon.
202. Division dans la doctrine.
203. Division des arrêts de Cours impériales.
204. Jurisprudence de la Cour de cassation.
205. Résumé; situation actuelle des forêts domaniales au point de vue de leur aliénation.
206. Renvoi implicite de la loi du 1er juin 1864 à la loi du 25 mars 1817.
207. Tous les bois domaniaux sont également prescriptibles et aliénables en vertu d'une loi, sans distinction de valeur, de contenance ou autre.
208. Approbation de la loi du 25 mars 1817.
209. Comment l'aliénabilité des forêts domaniales était une conséquence inévitable de leur affectation à la caisse d'amortissement.
210. Lois diverses qui ont autorisé des ventes de forêts domaniales.
211. La vente des forêts domaniales placée dans les attributions de l'administration des domaines et non de l'administration forestière.
212. Devoir du législateur d'être très-sobre d'autorisations d'aliéner les forêts domaniales.
213. Objections.
214. Comment la prescriptibilité absolue des forêts et des autres biens du domaine de l'État se concilie avec la nécessité d'une loi pour l'aliénation de quelques-uns de ces biens.
215. Suite.
216. Différences qui existent entre les biens domaniaux qui ne peuvent être aliénés qu'en vertu d'une loi, et les dépendances du domaine public inaliénable.
217. Distinction entre les dépendances du domaine public que la nature a consacrées à l'usage de tous et celles qui ont reçu cette destination de la main des hommes.
218. Conclusion sur ces objections.
219. L'intérêt de la conservation des forêts, qui a fait maintenir en 1817 et en 1864 la nécessité d'une loi pour leur aliénation, a aussi inspiré l'ensemble de la législation forestière.
220. Il avait aussi en partie inspiré la législation relative à la *révélation*, abrogée par le décret du 27 juillet 1864.

180. La distinction établie par la loi du 1er juin 1864, d'une part, entre les immeubles domaniaux d'une valeur estimative

d'un million et au-dessous, qui peuvent être vendus comme précédemment sans intervention législative, et, d'autre part, ceux d'une valeur estimative supérieure à un million, qui ne sont désormais vendus qu'en vertu d'une loi, n'est pas applicable aux biens domaniaux *dont l'aliénation est régie par des lois spéciales.*

Tel est le texte précis de cette loi. Il réserve formellement les lois spéciales relatives à l'aliénation de diverses catégories de biens domaniaux, et décide qu'elles continueront à recevoir leur pleine et entière exécution. Ces sortes de biens sont laissées en dehors du cercle d'application de la loi nouvelle.

181. Mais quelles sont ces lois spéciales ainsi maintenues par la loi du 1er juin 1864? Quels sont ces immeubles domaniaux placés au point de vue de leur aliénation, en dehors du droit commun de la domanialité?

C'est à la détermination de ces diverses exceptions, et à l'exposé des règles spéciales qui dérogent ainsi aux dispositions générales de la loi fondamentale, que cette section et la section suivante doivent être exclusivement consacrées.

182. Le rapport supplémentaire fait par M. de Voize, au nom de la commission du Corps législatif, fournit à cet égard de précieux renseignements. Il donne l'énumération des catégories exceptionnelles de biens domaniaux, dont l'aliénation est soumise à des règles particulières, que le législateur de 1864 a eu en vue et qu'il a entendu maintenir. Nous suivrons cette partie de l'œuvre du savant rapporteur.

En première ligne, et d'une manière toute spéciale, les bois et forêts du domaine de l'État s'y trouvent mentionnés. Voici en quels termes [1] :

« Une partie considérable de ce domaine (le domaine de « l'État) est régie par des lois particulières. — En première « ligne, nous citerons les forêts considérées de tout temps « comme une propriété à part, utile au point de vue de la sa- « lubrité publique et des besoins de la marine. Elles n'ont « jamais été aliénées qu'en vertu d'une loi spéciale; leur valeur « est considérable; au 1er mai 1864, elle ne s'élevait pas à « moins de 927,303,803 francs. »

[1] Supplément au *Moniteur universel* du 29 mai 1864; *Corps législatif*, annexe C, page x, 2e colonne.

183. L'importance matérielle de cette partie du domaine de l'État, l'intérêt juridique que présente la législation relative à son aliénation, la gravité des difficultés que cette législation soulève, sont telles, que nous devons consacrer cette section tout entière à l'étude des règles relatives à la vente des forêts domaniales, conservées par la loi du 1er juin 1864.

184. Les forêts domaniales forment une des principales dépendances du domaine de l'État. Nous venons de voir que, d'après le rapport de M. de Voize, leur valeur au 1er mai 1864 s'élevait à près de 930 millions. Leur produit annuel figure au budget ordinaire de l'exercice 1865 (état E, *produit des forêts*) pour près de 40 millions. Ces chiffres disent éloquemment la place considérable qui appartient dans l'ensemble de la fortune nationale aux bois et forêts de l'État.

185. L'étendue, la valeur des forêts domaniales, et des considérations de diverse nature, ont fait confier la conservation et la gestion de cette portion du domaine de l'État, ainsi que les forêts des départements et des communes, à une administration spéciale qui porte le nom de *direction générale des forêts*. Cette administration n'a de commun avec la *direction générale de l'enregistrement et des domaines*, chargée de la gestion des autres parties du domaine de l'État non affectées à un service public, que d'être placée, comme elle et toutes les autres administrations financières, dans les attributions du ministre des finances [1].

Ce sont les mêmes considérations qui, depuis 1790, ont fait soumettre à des règles spéciales et exceptionnelles l'aliénation des forêts domaniales.

Ces règles se sont modifiées; la loi du 1er juin 1864 renvoie purement et simplement aux textes qui les formulent aujourd'hui. Cette loi nouvelle, s'abstenant de toucher aux législations spéciales, n'avait ni à examiner ni à résoudre les difficultés et les controverses qu'engendrent les règles relatives aux aliénations des forêts domaniales.

Mais, au milieu de ces difficultés, il est un point constant, que le rapport de M. de Voize signale avec raison : c'est que les forêts domaniales n'ont jamais été soumises, depuis le 6 août

[1] Toutefois, si l'*administration des domaines* est étrangère à l'exploitation et à la conservation des forêts, c'est à elle qu'appartient le rôle principal lorsqu'il s'agit, non plus de les conserver, mais de les vendre (V. n° 211).

1790, au droit commun des aliénations du domaine de l'État.

Nous allons dire rapidement les motifs de cette exception; ensuite nous examinerons les textes divers sur lesquels elle repose, ainsi que les difficultés d'interprétation qu'ils soulèvent.

186. De tout temps les forêts nationales ont été considérées comme constituant une propriété *sui generis*. Il y a pour cela deux motifs principaux, l'un tiré de la nature même de la chose, l'autre de l'immense intérêt qui s'attache à sa conservation.

187. En premier lieu, il est vrai de dire que, par sa nature, cette sorte de propriété convient à l'État. Les forêts domaniales sont trop vastes, et les fortunes privées en général trop restreintes, pour que ces grandes masses boisées puissent être aussi bien administrées par les particuliers que par des agents soumis à des études spéciales et pourvus de moyens de succès plus énergiques et plus complets. Il n'est pas vrai de dire des forêts, comme des propriétés foncières, qu'elles peuvent être compromises entre les mains de l'État, et que l'industrie privée a plus d'aptitude et de puissance pour les rendre fécondes. Sous ce premier rapport, il est certain que les raisons d'économonomie politique qui provoquent l'aliénation des propriétés foncières du domaine de l'État, font défaut lorsqu'il s'agit de ses propriétés forestières.

188. En second lieu, la conservation des forêts est mieux assurée entre les mains de l'État qu'entre celles des particuliers, et cette conservation de la propriété boisée constitue l'un des plus grands besoins du pays.

Dès le règne de Louis XIV, un grand ministre attribuait à la conservation des forêts l'immense importance qu'elle mérite, lorsqu'il s'écriait : « *La France périra faute de bois!* »

En parlant ainsi, Colbert, qui connaissait bien la France et la puissance de ses ressources, n'entendait certes pas jeter sur elle une prédiction sinistre, mais il donnait un avertissement aux générations futures en leur montrant la conservation et l'augmentation de la propriété forestière dans le pays comme devant être le but constant de leurs efforts.

Au point de vue politique, les forêts sont une ressource pour la marine nationale et lui fournissent ses matériaux de construction. La révolution que les découvertes de l'art moderne

opèrent en ce moment dans les travaux de construction maritime, et qui tend à remplacer les navires de bois par des flottes en fer, peut diminuer cet intérêt en ce qui concerne les flottes militaires, mais le laisse subsister tout entier pour la flotte commerciale.

Au point de vue des besoins quotidiens des populations, les forêts leur assurent chaque année les bois de construction et de chauffage.

Au point de vue industriel, il est vrai de dire comme M. de Martignac à la Chambre des députés en 1826, que presque toutes les industries y cherchent des aliments et des ressources que rien ne pourrait remplacer.

Au point de vue hygiénique, les forêts sont une condition de salubrité publique pour les contrées où elles existent, dont elles purifient l'air, et qu'elles protégent contre l'invasion de dangereuses maladies.

Au point de vue atmosphérique, les forêts défendent le pays contre la violence des vents.

Au point de vue agricole, les forêts, combinées avec le gazonnement, opposent aux forces destructives des eaux pluviales les forces actives de la végétation ; elles empêchent les terrains peu résistants de céder à l'action des pluies. Elles peuvent former un obstacle à l'ensablement des cours d'eaux ; elles préviennent la formation des avalanches, régularisent le débit des eaux et les empêchent de tomber sur les terres inférieures en torrents dévastateurs qui portent partout dans leur marche l'inondation et la ruine, et les propagent au loin par le débordement des rivières et des fleuves.

Tels sont les motifs divers pour lesquels la conservation des forêts s'élève à la hauteur d'un besoin social, et le plus sûr moyen de le satisfaire est de ne pas aliéner cet élément précieux de la fortune nationale et de le laisser dans les mains de l'État, seul capable de combiner et d'équilibrer la consommation du bois avec le haut intérêt qui s'attache au maintien de la propriété forestière.

189. Ces vérités économiques ont le rare avantage d'être reconnues et proclamées par les publicistes et par les jurisconsultes, comme par les hommes spéciaux et les hommes d'État.

M. Gaudry (*Traité du domaine*, n° 556) a nettement établi cette antithèse entre les forêts et les autres dépendances du

domaine de l'État, en disant : « Si, en général, les aliénations « des propriétés domaniales sont utiles, les forêts doivent être « exceptées de cette mesure. »

Cette antithèse se trouve également dans la loi. L'Assemblée constituante, en donnant à la France le nouveau droit public de la domanialité, s'est souvenu du mot de Colbert ; après avoir un instant confondu toutes les dépendances du domaine, cette grande assemblée s'est hâtée bientôt d'excepter les forêts nationales de l'aliénation générale du domaine.

Les législateurs ultérieurs ont également conservé cette distinction essentielle entre le domaine foncier qu'il est bon d'aliéner et le domaine forestier qu'il faut religieusement garder entre les mains de l'État, sauf des cas rares, exceptionnels, et dont la loi doit se montrer avare dans un intérêt de sécurité sociale.

190. L'Assemblée constituante, dès le 6 août 1790 [1], excepte les grandes masses de bois et forêts nationales de la vente des biens domaniaux, en motivant cette exception sur les idées économiques dont nous venons de présenter le développement.

La loi domaniale des 22 novembre-1er décembre 1790 reproduit et confirme cette exception dans son article 12, ainsi conçu :

« Les grandes masses de bois et forêts nationales demeurent

[1] Décret des 6-22 août 1790, *qui excepte les grandes masses de bois et forêts nationales de l'aliénation des biens nationaux.*

« Après avoir entendu le rapport de ses comités réunis, des domaines, de marine, des finances, de l'aliénation des biens nationaux, de commerce et d'agriculture : considérant que la conservation des bois et des forêts est un des objets les plus importants et les plus essentiels aux besoins et à la sûreté du royaume, et que la nation seule, par un nouveau régime et une administration active et éclairée, peut s'occuper de leur conservation, amélioration et repeuplement, pour en former en même temps une source de revenu public, a décrété et décrète ce qui suit :

« Art. 1er. — Les grandes masses de bois et forêts nationales sont et demeurent exceptées de la vente et aliénation des biens nationaux, ordonnée par les décrets des 14 mai, 25 et 26 juin aussi derniers.

« Art. 2. — Tous les bocqueteaux, toutes les parties de bois nationaux éparses, absolument isolées et éloignées de 1,000 toises des autres bois d'une grande étendue, qui ne pourraient pas supporter les frais de garde, et qui ne seront pas nécessaires pour garantir les bords des fleuves, torrents et rivières, pourront être vendus et aliénés suivant les formes prescrites par lesdits décrets, pourvu qu'ils n'excèdent point la contenance de 100 arpents..... »

« exceptées de la vente et aliénation des biens nationaux per-
« mise ou ordonnée par le présent décret et autres décrets an-
« térieurs. »

Ainsi, d'après ces textes, *les grandes masses de bois et forêts nationales* sont seules placées en dehors du droit commun du domaine de l'État.

191. D'après l'article 2 du décret du 6 août 1790, les *grandes masses de bois et forêts nationales*, exceptées de l'aliénation des biens nationaux, étaient les bois et forêts de plus de 100 arpents et ceux d'une contenance moindre, mais rapprochés de 1,000 toises d'autres bois d'une plus grande étendue.

Une loi du 2 nivôse an IV [1] a changé cette définition en portant de 75 à 150 hectares la contenance des parties de bois susceptibles d'être aliénées.

D'après cette loi, il faut entendre par *grandes masses de bois et forêts nationales*, les parties de bois ayant une contenance supérieure à 15,000 ares et celles d'une contenance moindre rapprochées d'autres bois domaniaux à moins d'un kilomètre.

Cette loi du 2 nivôse an IV est reproduite et confirmée par la loi du 16 brumaire an V (article 48) et celle du 26 ventôse an VII (article 2).

192. On est généralement d'accord pour reconnaître que ces textes frappaient d'une véritable inaliénabilité les grandes masses de bois et forêts du domaine de l'État.

Les parties de bois non comprises sous cette désignation pouvaient seules être aliénées, d'abord en vertu d'une loi d'après la règle générale écrite dans l'article 8 de la loi de 1790, puis directement par le gouvernement d'après les lois de l'an IV, de l'an V et de l'an VII qui lui en déléguaient incontestablement le pouvoir.

Cette exception touchant les parcelles isolées et de peu d'étendue, que seules il était permis de vendre, confirmait l'indisponibilité des grandes masses de forêts, ainsi que l'ont re-

[1] Loi du 2 nivôse an IV (23 décembre 1795), *qui ordonne la vente des bois dépendant des domaines nationaux.*

« Le Directoire exécutif fera procéder, dans la forme ordinaire, devant les « administrateurs de département, à la vente des bois dépendant des do- « maines nationaux, d'une contenance moindre de quinze mille ares (trois « cents arpents forestiers environ), séparés et éloignés des autres bois et « forêts d'un kilomètre au moins (cinq cents toises environ). »

connu l'arrêté du gouvernement du 24 thermidor an IX et le sénatus-consulte du 6 floréal an X, qui s'opposèrent à la restitution des bois et forêts aux émigrés parce qu'ils « avaient été « déclarés inaliénables par la loi du 2 nivôse an IV. »

193. Les grandes masses de bois et forêts nationales n'étaient pas seulement inaliénables d'après la législation de 1790, elles étaient aussi imprescriptibles. L'article 36[1] de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790 n'autorisait en effet la prescription contre l'État qu'en ce qui concerne les domaines nationaux dont l'aliénation était permise; et l'article 12 (ci-dessus rapporté) de la même loi défendant d'aliéner les grandes masses de bois et forêts, il en résulte qu'elles étaient par là même imprescriptibles.

194. Ainsi les grandes masses de forêts du domaine national recevaient de ces textes une situation identique à celle qu'elles avaient avant 1789, comme faisant alors partie du domaine de la couronne. Mais ce n'était plus en vertu d'une règle générale comme celle de l'ordonnance de 1566, ce n'était plus en vertu des considérations qui sous l'ancien régime avaient fait étendre le principe de l'indisponibilité à toutes les dépendances du domaine. C'était exceptionnellement, en vertu de motifs qui leur étaient exclusivement applicables, et par dérogation au nouveau droit domanial de la France, que, seules de toutes les dépendances du domaine privé de l'État, ces grandes masses de forêts domaniales devenaient, dans le droit de la Révolution française, inaliénables et imprescriptibles.

Tel est l'état de choses qui, d'après l'opinion généralement admise malgré une savante protestation de M. Serrigny[2], a duré de 1790 jusqu'au Code Napoléon.

Mais à partir de 1804, les grandes masses de forêts domaniales sont-elles demeurées inaliénables et imprescriptibles?

L'article 2227 du Code Napoléon[3], en substituant les pres-

[1] Cet article est ainsi conçu :

« La prescription aura lieu à l'avenir pour les domaines nationaux dont « l'aliénation est permise par les décrets de l'Assemblée nationale; et tous « les détenteurs d'une portion quelconque desdits domaines qui justifieront « en avoir joui par eux-mêmes ou par leurs auteurs, publiquement et sans « trouble, pendant quarante ans continuels, à compter du jour de la publi« cation du présent décret, seront à l'abri de toute recherche. »

[2] *Revue critique*, t. II, 1852, p. 296.

[3] Cet article est ainsi conçu :

« L'État, les établissements publics et les communes sont soumis aux

criptions ordinaires de la loi civile à la prescription de quarante ans que l'article 36 de la loi de 1790 admettait seule contre les biens du domaine de l'État, a-t-il en outre fait rentrer dans le droit commun les grandes forêts domaniales? Cet article leur est-il applicable ainsi qu'aux autres dépendances du domaine de l'État?

C'est la première question gravement controversée qui se présente dans l'étude de cette législation spéciale.

195. M. Serrigny et M. Gaudry[1] soutiennent que l'imprescriptibilité des grandes masses de forêts cesse à partir de la promulgation du Code.

« L'article 2227 se dégage des vieux errements de la loi « de 1790, » dit M. Serrigny.

« Le Code Napoléon, dans son article 2227, a soumis l'État « aux mêmes prescriptions que les particuliers, dit M. Gaudry ; « il n'a pas fait d'exception pour ses forêts... La législation, « loin d'empêcher la prescription, l'autorise par l'article 2227 « du Code Napoléon. »

Proudhon[2] et son annotateur M. Curasson, ainsi que M. Meaume[3], ont exprimé une opinion contraire, et soutenu que l'article 2227 du Code Napoléon n'a point dérogé à l'inaliénabilité et à l'imprescriptibilité des grandes masses de forêts domaniales résultant de la législation de 1790.

196. M. Gaudry observe que les conditions nécessaires pour prescrire se rencontreront rarement en cette matière.

Nous adhérons à sa manière de voir, lorsqu'il fait remarquer (*loco citato*) « qu'il ne faudrait pas se borner à avoir joui des « produits, car cette jouissance ne prouverait qu'un usage et « non un droit absolu de propriété; un usage sans délivrance « constituerait même un délit, qui ne pourrait servir de base à « la prescription. Il faudrait donc, pour la prescription d'une « forêt ou d'une partie de forêt domaniale, que le possesseur « eût joui à titre de propriétaire exclusif, par exemple qu'il eût « enclos la forêt dans ses propriétés, qu'il eût payé les imposi-

« mêmes prescriptions que les particuliers, et peuvent également les op- « poser. »

[1] *Traité du domaine*, n° 585.

[2] *Traité de l'usufruit et des droits d'usage*, t. VII, n° 418, p. 67 (V. ci-dessous, n° 201).

[3] *Annales forestières* de 1844, p. 88 et suiv.

« tions, fait des défrichements, des plantations, des coupes « totales. »

Mais il nous semble que cet auteur va bien loin quand il dit « que ces conditions de prescription sont tellement difficiles à « accomplir que l'on peut à peine les supposer. »

La jurisprudence contient en effet de nombreux arrêts sur cette question, ainsi que sur une seconde question qui s'y rattache et que nous aborderons ensuite. Or tous ces arrêts prouvent que ce point de droit présente, non pas seulement un intérêt de doctrine, comme l'auteur cité paraît le supposer, mais en outre un intérêt pratique de premier ordre.

197. Les Cours impériales se sont divisées sur cette question de savoir si les grandes masses de forêts domaniales étaient demeurées inaliénables et imprescriptibles sous l'empire du Code Napoléon.

Un arrêt de la Cour de Douai du 24 décembre 1844 (Sirey-Devilleneuve, 45, 2, 368), et un arrêt de la Cour de Grenoble (le préfet de l'Isère *C.* comm. d'Entre-deux-Guiers; Dev., 47, 2, 222), se sont prononcés dans le sens de l'application de l'article 2227, et de la prescriptibilité de toutes les forêts domaniales depuis 1804.

Mais la majorité des cours impériales s'est prononcée dans le sens opposé : la Cour de Riom, par arrêts du 2 janvier et du 6 avril 1838 (Dev., 1850, 1, 658); la Cour d'Orléans, par arrêt du 1er mars 1845 (affaire du *duc de Bordeaux*); la Cour de Pau, par arrêt du 29 mai 1845 (aff. *Campan*); la Cour de Bastia, par arrêt du 1er juillet 1845; la Cour de Rennes, par arrêt du 3 juillet 1847; la Cour de Besançon, par arrêt du 18 août 1847 (Dev., 47, 2, 544); la Cour de Caen, par arrêt du 11 décembre 1848 (aff. Lefèvre *C.* préfet du Calvados); la Cour de Metz, par arrêt du 5 août 1851 (aff. *Walter*, Dev., 1851, 2, 700). D'après toutes ces décisions judiciaires, les grandes masses de forêts domaniales sont demeurées inaliénables et imprescriptibles après comme avant le Code Napoléon.

198. Telle est aussi la jurisprudence de la Cour de cassation. Deux arrêts du 17 juillet 1850 (Dev., 1850, I, 658), l'un cassant l'arrêt de la Cour de Grenoble dans l'affaire du préfet de l'Isère contre la commune d'Entre-deux-Guiers, l'autre rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la Cour

de Caen dans l'affaire Lefèvre contre le préfet du Calvados, ont consacré ce premier point.

Ces arrêts portent :

« Que le Code civil n'a point levé l'interdiction de 1790, ni « dérogé aux lois spéciales du domaine et aux principes pro- « tecteurs des grandes forêts de l'État; qu'en déclarant en « termes généraux, dans son article 2227, que l'État était sou- « mis aux mêmes prescriptions que les particuliers, le Code « civil n'avait en vue que les biens de l'État aliénables et « prescriptibles comme ceux des particuliers, et non les do- « maines que les lois particulières avaient déclarés, à raison de « leur nature, inaliénables, imprescriptibles, hors du com- « merce, dans le sens des articles 1598 et 2226 du Code. »

La raison de décider n'est autre chose que l'application de la règle de droit *specialia generalibus derogant*. L'article 2227 du Code Napoléon, disposition générale, écrite pour l'ensemble du domaine de l'État, ne déroge pas aux lois spéciales à une partie déterminée de ce domaine.

Il est vrai de dire que cette raison de décider se produit ici avec d'autant plus de force qu'il s'agit d'une matière pour laquelle, de tout temps et sous tous les régimes, on a reconnu la nécessité d'une législation spéciale.

199. Les grandes masses de bois et forêts nationales sont donc restées inaliénables et imprescriptibles sous l'empire du Code Napoléon.

Mais ce n'est là qu'une première difficulté, une première controverse.

L'état de choses conservé en 1004 s'est-il perpétué jusqu'à nous? Des lois spéciales sont-elles venues, postérieurement au Code Napoléon, placer les grandes masses de forêts nationales dans le droit commun de la domanialité, sous l'application de l'article 2227, en les rendant aliénables et prescriptibles?

Ce second point est l'objet d'une seconde difficulté, d'une seconde controverse plus grave et plus vive que la première.

200. La loi de finances du 25 mars 1817, par son article 143, a affecté à la dotation de la caisse d'amortissement *tous les bois de l'État*, moins une réserve rapportée et abrogée en 1831. Cette loi porte même dans son article 147 que *la propriété de ces bois est dès à présent transportée à la caisse d'amortissement;* et l'article 145 dit : « La caisse d'amortissement ne pourra alié-

« ner les bois affectés à la dotation qu'en vertu d'une loi. »

Ces diverses dispositions de la loi du 25 mars 1817[1] ont-elles eu pour conséquence de rendre aliénables et prescriptibles les grandes masses de forêts domaniales jusqu'alors frappées d'indisponibilité?

Telle est la seconde controverse qui a divisé les auteurs, et que la jurisprudence dans ces derniers temps a été appelée à résoudre.

201. Proudhon[2] s'exprime sur cette question de la manière suivante : « L'aliénation des bois de 150 hectares et « au dessus était interdite, et cette interdiction a subsisté jus- « qu'en 1817. L'article 143 de la loi du 25 mars de cette année, « ayant affecté à la caisse d'amortissement tous les bois de « l'État, l'article 145 a décidé que les bois affectés à cette do- « tation pourraient dorénavant être aliénés en vertu d'une dis- « position législative. Cette loi est donc la première qui ait « dérogé au principe d'inaliénabilité dont les forêts ayant « 150 hectares et plus étaient demeurées frappées par la légis- « lation précédente. Ces forêts ayant été ainsi *hors du com- « merce* jusqu'en 1817, époque à laquelle leur aliénation a été

[1] Loi du 25 mars 1817, *sur les finances*. — Titre 11, *Dotation de la caisse d'amortissement*.

« Art. 143. Tous les bois de l'État sont affectés à la caisse d'amortissement, à l'exception de la quantité nécessaire pour former un revenu net de 4 millions de rente, dont il sera disposé par le roi pour la dotation des établissements ecclésiastiques.

« Art. 144. La portion réservée sera prise dans les grands corps de forêts.

« Art. 145. La caisse d'amortissement ne pourra aliéner les bois affectés à sa dotation qu'en vertu d'une loi. Elle est seulement autorisée à mettre en vente, à partir de 1818, jusqu'à concurrence de 150,000 hectares de bois, en se conformant aux formalités établies pour la vente des propriétés publiques.

« Art. 146. Le produit des coupes de la totalité des bois de l'État, estimé, pour l'ordinaire de 1817, à 16,400,000 francs, continuera d'être versé au trésor royal pour l'année 1817, et la dotation de la caisse d'amortissement sera acquittée en totalité pour la même année sur le produit des revenus composant le budget particulier de la dette consolidée et de l'amortissement.

« Art. 147. La conservation et la régie des bois dont la propriété est dès à présent transportée à la caisse d'amortissement, ainsi que les ventes des coupes annuelles, resteront confiées aux administrations qui en sont aujourd'hui chargées jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné. »

[2] *Traité de l'usufruit et des droits d'usage*, t. VII de l'édition de 1836, n° 418, p. 67.

« permise, je crois qu'à l'égard de cette partie du domaine, la « prescription n'a pu commencer à courir qu'à dater de cette « époque. L'article 2226 du Code civil a dû recevoir ici son « application. Mais aujourd'hui la propriété de tous les im- « meubles dépendant du domaine, sans en excepter les « bois, peut être transférée avec les formes qu'exige la loi « pour ces sortes d'aliénations. La propriété peut aussi en être « acquise par le seul effet de la prescription. »

202. Proudhon est le premier auteur qui, à notre connaissance, ait exposé ce système et c'est à lui que revient l'honneur d'avoir devancé et guidé sur ce point la jurisprudence.

Dans la doctrine, cette opinion a été suivie par MM. Curasson[1], Meaume[2], Foucart[3], Laferrière[4], Des Glajeux[5] et Desjardins[6].

M. Laferrière observe judicieusement que l'affectation des bois de l'État à la caisse d'amortissement « était une garantie « offerte aux créanciers de l'État et une base de crédit public; « mais par cela même que les forêts étaient comme hypothé- « quées par la loi, elles étaient implicitement reconnues alié- « nables. »

D'autres auteurs ont combattu cette doctrine, mais en sens contraire; ainsi M. Duranton[7] et M. Pagart[8] ont soutenu que les grandes masses de forêts domaniales ont continué d'être imprescriptibles, non-seulement depuis le Code Napoléon, mais encore depuis la loi du 25 mars 1817; tandis que M. Serrigny[9] a soutenu qu'en 1817 l'affectation au profit de la caisse d'amortissement n'a rendu les bois de l'État ni plus ni moins aliénables et prescriptibles qu'ils ne l'étaient auparavant.

203. Cette seconde difficulté a également divisé les Cours impériales.

Les arrêts ci-dessus cités (n° 197) de la Cour de Besançon, du 18 août 1847, et de la Cour de Riom, du 6 avril 1838, l'avaient

[1] *Commentaire du Code forestier*, t. I, p. 139.
[2] *Annales forestières de* 1844, p. 88.
[3] *Éléments de droit public*, 4e édit., t. II, n° 865, p. 364.
[4] *Cours de droit public*, 5e édit., t. I, p. 592 et 594.
[5] *Aliénation et prescription des biens de l'État*, p. 229 et 230.
[6] *Aliénation et prescription des biens de l'État*, p. 455.
[7] Tome XXI, n° 172 *ter*, édit. de 1844.
[8] *Revue de droit français*, vol. de 1844, p. 241.
[9] *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. II, p. 309.

incidemment résolue dans leurs considérants, la première dans le sens que la prescription avait pu courir depuis la loi du 25 mars 1817, la seconde dans le sens opposé.

Un arrêt de la Cour de Nancy, du 25 juin 1852 (*préfet de la Meuse* C. *commune de Montigny-lès-Vaucouleurs*) a formellement jugé que le principe de l'inaliénabilité du domaine, conservé à l'égard des grandes forêts domaniales, n'a été abrogé ni par le Code Napoléon ni par la loi 25 mars 1817.

Dans la même affaire, sur renvoi après cassation, la Cour de Metz, par arrêt du 13 février 1855 (Dev. 55, 1, page 500, *ad notam*), a jugé le contraire.

204. La Cour de cassation a rendu deux arrêts dans cette grave affaire du domaine de l'État contre la commune de Montigny-lès-Vaucouleurs : par le premier, en date du 27 juin 1854 (Dev., 55, 1, 497), la Chambre civile a cassé l'arrêt de la Cour de Nancy; par le second, en date du 9 avril 1856 (Dev., 56, 1, 808), la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Metz.

Ces deux Chambres de la Cour suprême ont ainsi, par deux arrêts conformes, monumenté leur jurisprudence au sujet de l'abrogation des lois de 1790 et de l'an IV par la loi du 25 mars 1817, en ce sens que, depuis cette dernière loi, les grandes masses de forêts domaniales sont devenues aliénables et prescriptibles. En conséquence, ils décident que la prescription d'une forêt domaniale, qui a commencé à courir, au profit de la commune susnommée du département de la Meuse, à partir du 30 mars 1817, a été tardivement interrompue le 31 mars 1847.

Le second de ces deux arrêts, sur le moyen tiré de l'inaliénabilité et de l'imprescriptibilité des grandes masses de bois et forêts nationales, est conçu de la manière suivante :

« Considérant que l'exception introduite par la loi des 22 no-
« vembre-1er décembre 1790 a été abrogée par la loi de finan-
« ces du 25 mars 1817, qui a affecté tous les bois et forêts de
« l'État à la caisse d'amortissement; — qu'en effet, le résultat de
« cette loi a été de replacer cette nature de biens sous les condi-
« tions du droit commun et du principe général formulé, soit
« par les articles 1er du décret du 9 mai 1790 et 8[1] de la loi des

[1] V. ces textes ci-dessus, n° 40.

« 22 novembre-1er décembre même année, qui disposent que les « domaines nationaux peuvent, dans les besons de l'État, être « vendus en vertu d'un décret du Corps législatif, sanctionné « par le roi; soit par l'article 36 de cette dernière loi, qui « dispose que la prescription aura lieu, à l'avenir, pour les « domaines nationaux dont l'aliénation est permise; soit « enfin par l'article 2227 du Code Napoléon, qui dispose que « l'État est soumis aux mêmes prescriptions que les particu- « liers; — que la nécessité d'une loi pour autoriser la vente « ou l'aliénation est commune à toutes les parties du domaine « de l'État, et ne fait pas obstacle au cours de la prescription « à l'égard des forêts domaniales aliénables depuis 1817 et « susceptibles d'une possession utile [1]. »

205. La situation actuelle des forêts domaniales, au point de vue de leur aliénation, doit donc, aux termes de cette jurisprudence, se résumer ainsi :

Toutes les forêts domaniales sont aliénables, mais elles ne peuvent l'être qu'en vertu d'une loi, suivant le principe général de l'article 8 de la loi des 22 novembre-1er décembre 1790;

Toutes les forêts domaniales sont prescriptibles; pour elles comme pour les autres dépendances du domaine de l'É at, la prescription de quarante ans est réduite par l'article 2227 du Code Napoléon à trente ans, et même à dix et vingt ans, d'après

[1] Un second moyen de cassation était tiré d'une prétendue abrogation de la loi du 25 mars 1817, professée par M. Gaudry (t. III, p. 84). La seconde partie de l'arrêt qui fait justice de cette proposition est conçue de la manière suivante :

« Sur le moyen tiré de la prétendue abrogation de la loi du 25 mars 1817 « par les lois de finances des 1er mai 1825, 27 mars 1831 et 10 juin 1833 : — « et d'abord, sur la recevabilité du moyen présenté seulement devant la « Cour de cassation, attendu qu'il tient à une matière d'ordre public, et « qu'ainsi il y a lieu d'en apprécier la valeur; — A cet égard, attendu « qu'aucune abrogation expresse n'a été prononcée par les lois invoquées « ni par aucune autre loi; — qu'il en résulte seulement qu'en outre de la « propriété des forêts, la portion de rentes affectées à la caisse d'amortisse- « ment a été nécessairement augmentée, mais qu'aucune atteinte n'a été « portée aux dispositions de la loi du 25 mars, par une disposition qui en « entraînerait l'abrogation virtuelle; — attendu que l'existence légale de « ladite loi a été formellement reconnue par le ministre des finances et la « Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 27 mars 1831, re- « lative à la vente d'une partie de forêts, jusqu'a concurrence de 4 millions « de revenus; — qu'ainsi l'effet légal de la loi du 25 mars ne peut être « utilement contesté. »

l'article 2265, lorsque le bien domanial a été possédé par un tiers détenteur avec titre et bonne foi.

Mais cet état de choses n'existe que depuis 1817 pour les grandes masses de forêts domaniales; jusque-là, leur aliénation était complétement interdite; jusque-là, la prescription, même celle de quarante ans, était impuissante à les atteindre, et depuis cette époque seulement les articles 2227 et 2265 du Code Napoléon leur sont devenus applicables. TH. DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

DES INTERDITS POSSESSOIRES EN DROIT ROMAIN.

Par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

CINQUIÈME ARTICLE [1].

§ 3. — Interdit *Utrubi*.

A côté de l'interdit *Uti possidetis*, destiné à protéger la possession des immeubles, le droit romain admettait dans le même but, relativement à la conservation de la possession des meubles, un interdit qualifié *Utrubi* à raison du premier mot de la formule de l'interdit, formule qui a passé incomplétement dans les Pandectes, liv. XLIII, tit. 31, L. *unic.*, pr. [2]. Nous disons incomplétement; car il n'y est pas question des qualités relatives que devait présenter la possession, bien qu'elles ne fussent pas indifférentes ici, de même que dans l'interdit *Uti possidetis*. Les compilateurs ont cependant conservé une mention ayant trait à la durée de la possession, durée qui n'était plus prise en considération à l'époque de Justinien, ainsi que nous l'apprennent les Institutes, § 4, *in fine*, *De interd.* Ce respect de l'ancienne formule est d'autant plus surprenant que, dans le § 1 du même fragment, qui serait extrait des œuvres

[1] V. tome XXIV, pages 346 et 417; tome XXV, page 269s et 435.

[2] *Prætor ait : Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit : quominus is eum ducat vim fieri veto.*

d'Ulpien, les rédacteurs de Justinien n'ont pas fait difficulté d'interpoler le texte qu'ils plaçaient dans leur recueil, en mettant sous la plume d'Ulpien l'annonce d'une innovation qui lui est assurément postérieure.

Nous lisons, en effet, au § 4, *De interd.*, qu'autrefois (*apud veteres*) il existait une différence considérable entre les deux interdits *retin. possess.* Cette différence consistait en ce que, sur l'interdit *Uti possidetis*, on ne devait se préoccuper que de la possession existant *interdicti tempore*, tandis que, dans l'interdit *Utrubi*, il fallait comparer entre elles, au point de vue de leur durée, pendant l'année qui précédait l'émission de l'interdit, les deux possessions alléguées de part et d'autre, de manière à donner gain de cause à celui des plaideurs qui parvenait à établir que sa possession avait été plus longue que celle de son adversaire. On n'observait plus sous Justinien cette distinction; la règle suivie à l'occasion de l'interdit *Uti possidetis* avait été généralisée et étendue à l'interdit *Utrubi*. Nous reviendrons sur les conséquences de cette modification; mais nous devons d'abord étudier l'interdit *Utrubi* tel qu'il était pratiqué à l'époque des jurisconsultes.

L'interdit *Utrubi* était au nombre des interdits prohibitoires. Dès lors, il mettait inévitablement en jeu la procédure au moyen des *sponsiones pœnales*. En outre, l'interdit était double, chacune des parties litigantes prétendant à l'avantage d'une possession supérieure à celle de son adversaire. De là nécessité, comme dans l'interdit *Uti possidetis*, d'une provocation pour chaque partie à une *sponsio* suivie d'une *restipulatio*. Y avait-il lieu également à une *fructuum licitatio?* Gaïus est muet sur ce point. Il nous semble qu'à raison de l'analogie de position [1] on doit admettre une solution affirmative, et dire qu'il existait un *judicium secutorium* au profit de celui qui triomphait sur sa *sponsio*, s'il n'était pas resté adjudicataire.

[1] Cependant notre conjecture, indépendamment du silence des textes, pourrait être combattue par cette considération qu'en matière de meubles l'état de possession exclusive chez l'une des parties au moment du procès sera ordinairement certain, tandis qu'à l'égard d'un immeuble, chacun s'attribuant l'avantage de la possession sur un objet qui reste ouvert aux entreprises des deux prétendants, des rixes seraient possibles, s'il n'y avait pas intervention de la justice pour décider à qui appartiendra la possession intérimaire.

La question que le juge avait à résoudre n'était pas ici la même que dans l'interdit *Uti possidetis*. Il devait rechercher non pas précisément quel était celui qui possédait *interdicti tempore*, mais quel était celui qui avait possédé plus longtemps que son adversaire dans l'année écoulée antérieurement à l'interdit. C'est ce que fait observer, IV, 152, Gaïus, qui nous donne en même temps un exemple de la manière dont doit être fait le calcul; il ajoute qu'il faut tenir compte seulement de la durée, non de la priorité de possession. Paul, dans ses Sentences, liv. V, tit. 6, § 1, énonce une doctrine conforme à celle de Gaïus. Remarquons bien que la condition du succès dans cet interdit, la possession *majore parte hujusce anni*, ne s'entendait pas d'une façon absolue, mais uniquement au moyen d'une comparaison établie entre les deux possessions alléguées de part et d'autre. La loi 156, *De verb. sign.*, qui selon toute vraisemblance est relative à notre matière, fait ressortir très-nettement le sens que l'on donnait à cette expression : *major pars anni*[1]. Il n'était pas nécessaire pour triompher d'avoir possédé plus de six mois; une possession de quelques jours suffisait, pourvu qu'elle ne rencontrât pour rivale qu'une possession encore moins longue.

Pour arriver à se procurer une possession plus longue que celle de son adversaire, il était permis d'invoquer l'*accessio possessionis*, c'est-à-dire de se prévaloir de la possession de son auteur, que l'on fût son successeur à titre universel ou à titre particulier. Gaïus, IV, 151, nous fournit l'application de cette *accessio*, soit au profit de l'héritier, soit au profit de l'acheteur ou du donataire. Toutefois celui-là seul était en mesure d'aspirer à l'*accessio* qui par lui-même avait eu quelque temps la possession[2], de telle sorte qu'un héritier, qui n'aurait pas appréhendé tel meuble héréditaire, n'aurait pu, pour cet objet, se servir de la possession du défunt, eût-elle été à elle seule plus longue que celle de l'adversaire. L'héritier, en effet, dans les idées des Romains, ne prenait la place du défunt que

[1] MAJORE PARTE ANNI *possedisse quis intelligitur, etiamsi duobus mensibus possederit, si modo adversarius ejus aut pauciorbus diebus, aut nullis possederit.*

[2] *Nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur, nec dari potest; nam ei quod nullum est nihil accedere potest*, Gai., IV, 151.

pour les *droits* compris dans le patrimoine du *de cujus*. La possession étant, à leurs yeux, *res facti*, l'héritier ne se trouvait donc pas, à ce titre, investi de la possession qui avait appartenu au défunt[1]; et dénué d'une possession à lui propre, il était dans l'impossibilité d'user de la possession de son auteur[2]. Nous savons cependant par Ulpien, L. 13, § 4, *De adq. possess.*, que certains esprits étaient d'avis d'autoriser l'héritier, indépendamment de la condition d'une possession personnelle, à invoquer la possession de son auteur; mais le jurisconsulte condamne cette opinion comme contraire à la rigueur des règles du droit.

D'un autre côté, l'héritier qui, ayant possédé par lui-même, se trouvait ainsi dans la condition voulue pour que l'*accessio* fût possible, était autorisé à joindre à sa possession celle du défunt, quand bien même ce dernier n'aurait pas été en possession à l'époque du décès. La loi 13, § 5, *De adq. possess.*, admet effectivement l'*accessio* non-seulement à l'égard de la possession *quæ morti fuit injuncta*, mais encore pour celle *quæ unquam testatoris fuerit*, pourvu que cette possession rentrât bien entendu dans la période de temps qui devait être prise en considération, c'est-à-dire qu'elle se plaçât dans l'année antérieure à l'émission de l'interdit[3].

[1] L. 23, *pr.*, *De adq. posses.*

[2] A défaut de l'interdit *Utrubi*, l'héritier aurait pu recourir à l'interdit *Quorum bonorum;* mais il n'aurait réussi à l'emporter par cette voie que sur le possesseur auquel manquait un titre de possession, le *possessor pro possessore*, tandis que l'interdit *Utrubi* lui eût assuré la préférence même contre celui qui possédant en vertu d'un titre n'aurait pas eu le temps d'acquérir la plus longue possession dans l'année.

[3] Sur ce point, les règles de l'*accessio possessionum*, relativement à l'interdit *Utrubi*, s'écartaient de celles qui étaient observées en matière d'usucapion, où la continuité de la possession était exigée, et où notamment l'héritier ne pouvait profiter de la possession du défunt qu'autant que, dans l'intervalle du décès à l'appréhension réalisée par l'héritier, la chose n'avait été possédée par personne, aux termes de la loi 20, *De usurp.* C'est en vain que Pothier (*Pandect. Justin.*, liv. XLI, tit. 3, n° 38) s'est efforcé d'adapter le § 5 de la loi 13 à la théorie de l'usucapion, en imaginant de dire qu'Ulpien voulait faire allusion au cas où le défunt aurait perdu la possession par suite d'un état de captivité dans lequel il serait décédé.

La loi 16, *De usurp.*, que nous avons déjà eu l'occasion de citer, et qui permet au créancier gagiste de joindre à sa possession celle du débiteur, s'explique facilement par les principes qui gouvernaient l'interdit *Utrubi* à l'époque classique. C'est au point de vue des mêmes principes qu'il faut

La jurisprudence romaine avait fait une application remarquable des règles de l'interdit *Utrubi*, pour protéger un donateur qui se serait laissé entraîner à une libéralité dépassant le taux inconnu fixé par la loi Cincia. On sait que cette loi était *imperfecta*, qu'elle ne rescindait pas une donation contraire à ses dispositions, bien qu'elle s'adressât à une *persona non excepta*. Il fallait que le donateur, pour échapper aux conséquences de l'acte qu'il avait réalisé *donandi animo*, se rattachât encore par quelque lien à l'objet de sa libéralité, de manière à être en mesure d'invoquer soit une exception, soit une réplique, qu'il pouvait tirer de la loi Cincia, tandis qu'elle ne lui fournissait pas la ressource d'une action. Grâce à la portée de l'interdit *Utrubi*, la donation des meubles était plus difficile à consommer que celle des immeubles. A l'égard des immeubles, la simple tradition dépouillait irrévocablement le donateur, quand il s'agissait de fonds provinciaux, §§ 293 et 313, *Vat. Fragm.*; la mancipation jointe à la tradition opérait le même effet, en ce qui concernait un immeuble italique, *ibid.* Mais si le donateur avait livré des meubles *non mancipi*, s'il avait livré et même mancipé des meubles *mancipi*, il pouvait, tant qu'il n'avait pas laissé le donataire acquérir une possession plus longue que la sienne, ressaisir par la voie de l'interdit *Utrubi* la possession de ces meubles, §§ 293 et 311, *Vat. Fragm.* Le résultat du succès obtenu au moyen de l'emploi de l'interdit était d'entraîner l'anéantissement de la donation; le donataire, en effet, obligé de recourir à la revendication, devait échouer en présence de l'exception puisée dans la loi *Cincia*. N'allons pas croire cependant qu'il fût permis à quiconque avait fait la tradition d'un meuble de se faire restituer la possession par l'acquéreur, tant qu'il ne se serait pas écoulé six mois depuis la tradition. Un vendeur, par exemple, qui après avoir livré eût tenté d'user de l'interdit *Utrubi* pour dépouiller son acheteur, eût été repoussé par l'exception de dol ou par l'exception *rei venditæ et traditæ*. Quand la tradition avait été réalisée en exécution d'une donation supérieure au

se placer pour comprendre comment la tradition faite par le vendeur à l'acheteur n'était efficace qu'autant que ce dernier n'avait pas à craindre d'être évincé par un tiers au possessoire; aussi les jurisconsultes disaient-ils que le vendeur devait fournir à l'acheteur une possession telle qu'il dût être *in lite de possessione potior*, voir L. 11, § 13, *De act. emt.*

taux de la loi Cincia, l'exception tirée de la circonstance de la tradition n'était pas à craindre pour le donateur, qui pouvait l'écarter au moyen d'une réplique empruntée à la loi *Cincia*.

Il ne faut pas perdre de vue que la preuve d'une plus longue possession durant l'année aurait été inutile, si cette possession se trouvait entachée par rapport à l'adversaire de l'un des vices que nous avons rencontrés à l'occasion de l'interdit *Uti possidetis*, si cette possession avait été acquise *vi*, *vel clam*, *vel precario ab adversario*. Malgré l'omission de cette condition dans la formule de l'interdit qui figure aux Pandectes, il n'est pas douteux que le droit romain ait toujours tenu compte de ces vices relatifs de la possession. Gaïus, IV, 151, et Justinien, § 4, *in fine*, *De interd.*, s'accordent pour en faire une mention expresse; elle se retrouve d'ailleurs dans le § 1er du fragment unique compilé au Digeste sous la rubrique *De utrubi*.

On voit que, sous l'empire des règles que nous venons d'exposer, la possession d'un meuble n'était pas irrévocablement perdue pour celui qui en fait avait cessé de posséder; il pouvait très-bien se faire que quelqu'un, qui n'avait pas la possession effective d'un meuble *interdicti tempore*, gagnât son procès contre le possesseur actuel. L'interdit *Utrubi*, quoique qualifié interdit *retinendæ possessionis*, opérait donc en réalité à l'instar d'un véritable interdit *recuperandæ possessionis*. La qualification qu'on lui donnait peut se justifier par cette considération que la possession, tant qu'elle peut être recouvrée, ne doit pas être regardée comme perdue, suivant l'observation que fait Ulpien, L. 17, *pr.*, *De adq. possess.*, à propos de l'interdit *Unde vi*. Nous estimons, du reste, qu'il n'était pas sans utilité de dire que la possession avait été conservée, *retenta;* probablement la possession d'un meuble n'était pas interrompue à l'égard de celui qui, ayant été privé quelque temps de la possession, aurait réussi à la ressaisir par l'exercice de l'interdit *Utrubi*. — La conclusion qu'il faut tirer en outre des règles précédentes, c'est que l'ancienne législation romaine admettait incontestablement, en matière de meubles, un droit de possession, un *jus possessionis* survivant à la perte de la détention. En définitive, il y avait, par l'effet de ces principes, concession d'une revendication de la possession, revendication qui pouvait

ménager un triomphe à celui qui n'était pas propriétaire, eût-il à lutter contre le véritable *dominus*. Sans doute ce triomphe était susceptible de s'évanouir devant l'épreuve de la voie pétitoire, mais à la condition que l'adversaire fournirait la preuve de son droit de propriété.

La portée qu'avait reçue en droit romain l'interdit *Utrubi* nous explique comment la perte de la possession des meubles ne donnait pas lieu à un interdit *recuperandæ possessionis*, à l'instar de ce qui était pratiqué pour les immeubles. Ulpien, L. 1, § 6, *De vi*, déclare que l'interdit *Unde vi* ne s'applique pas aux meubles, du moins d'une manière principale; car on devait faire entrer en ligne de compte pour les condamnations à prononcer la valeur des meubles dont la possession avait été perdue en même temps que celle du fonds à raison duquel il y avait eu expulsion violente. Le jurisconsulte ajoute que l'individu dépossédé d'un meuble recourra suivant les cas soit à l'action *furti*, soit à l'action *vi bonorum raptorum* [1], soit à l'action *ad exhibendum*. Savigny fait remarquer que les diverses actions citées par Ulpien ne protégeaient pas la possession des meubles aussi efficacement qu'elle l'eût été par l'extension de l'interdit *Unde vi* à cette classe d'objets. D'une part, en effet, l'action *furti*, de même que l'action *vi bonorum raptorum* [2], exigeait que l'adversaire eût agi dans une intention frauduleuse et par esprit de lucre, condition qui fera défaut, si celui qui s'est emparé d'un meuble possédé par un autre était de bonne foi, et croyait que le meuble lui appartenait. D'une autre part, les trois actions indiquées supposent toutes qu'il y a eu lésion d'un droit avouable, d'un intérêt honnête, *si honesta causa interest*, dit la loi 11, *De furt.* [3]. Aussi l'action *furti* n'était-elle accordée ni au possesseur de mauvaise foi, L. 12, § 1, *eod. tit.*, ni au *possessor pro herede*, qui n'avait qu'à se plaindre d'être empêché de réaliser une *usucapio lucrativa*, L. 71, § 1, *ibid.* En matière d'immeubles, au contraire, la possession de mauvaise foi suffisait pour armer de l'interdit *Unde vi* celui

[1] Paul, Sent., liv. V, tit. 6, § 5, à l'occasion de violences qui ont amené la dépossession d'objets mobiliers, refuse également l'interdit *Unde vi*, pour donner l'action *vi bonorum raptorum*.

[2] L'action *ad exhibendum* échapperait à cette objection.

[3] La même règle était suivie pour la concession de l'action *vi bonorum raptorum*, L. 2, §§ 22 et suiv. *Vi bon. rapt.*, ou de l'action *ad exhibendum*, L. 3, § 11, *Ad exhib.*

qui aurait subi une dépossession par l'emploi de la violence. Savigny, après avoir fait cette critique de la doctrine d'Ulpien, cherche d'abord à rendre compte de la lacune qui aurait existé, en disant que les cas auxquels ne s'appliquait pas l'une des actions citées étaient trop rares pour que l'on eût dû songer à créer en vue de ces cas exceptionnels un interdit particulier. Il ajoute, ce qui est beaucoup plus satisfaisant, mais quelque peu en contradiction avec l'explication précédente, qu'en réalité l'interdit *Utrubi* remplissait les fonctions d'un interdit *recuperandæ possessionis*. Cette dernière observation nous paraît tout à fait concluante pour écarter le reproche adressé à la législation romaine. En effet, le possesseur d'un meuble, fût-il de mauvaise foi, quand il avait été victime d'un *furtum* ou d'une *rapina*, s'il était destitué de l'action *furti* ou de l'action *vi bonorum raptorum*, avait du moins contre le voleur ou le *raptor* la ressource de l'interdit *Utrubi;* et cela pendant une année entière, puisqu'il ne rencontrait qu'une possession clandestine ou violente, vicieuse à son égard, et ne pouvant dès lors être invoquée contre lui. En supposant même que le meuble fût passé entre les mains d'un tiers qui le détenait en vertu d'un juste titre, le possesseur de mauvaise foi pouvait encore, grâce aux règles de l'interdit *Utrubi*, se faire restituer la possession, tant qu'il n'avait pas laissé acquérir à son adversaire une possession plus longue que la sienne.

Sous le Bas-Empire, à partir de l'an 389, date de la Constitution de Valentinien, Théodose et Arcadius, qui forme la loi 7, C., *Unde vi*[1], le respect de la possession des meubles fut garanti de la façon la plus énergique, du moins à l'encontre des violences. Le *dominus* lui-même, qui avait eu recours à ce moyen, fut déclaré déchu de son droit de propriété, et tenu de restituer ce dont il s'était emparé à l'aide de violences. Si l'auteur des voies de fait n'était pas le propriétaire, indépendamment de l'obligation de restituer, il était condamné à payer la valeur de la chose.

En arrivant à l'époque de Justinien, nous trouvons l'interdit *Utrubi* assimilé à l'interdit *Uti possidetis*, en ce sens que pour réussir il faut avoir la possession au moment où le débat s'en-

[1] Nous aurons à revenir sur cette constitution rappelée par Justinien aux Institutes, liv. IV, tit. 2, § 1, et tit. 15, § 6.

gage. Cette modification est certainement postérieure à Ulpien, bien que les compilateurs, dans la loi 1, § 1, *De utrubi*, fassent parler ce jurisconsulte comme si tel eût été déjà le droit en vigueur de son temps. L'innovation appartient-elle à Justinien? On peut en douter, puisqu'il ne se l'attribue pas; son langage à l'égard de la différence supprimée (*apud veteres*) semble même indiquer que la réforme ne serait pas récente.

La possession des meubles est devenue désormais assez précaire. En effet, dès qu'un meuble n'était plus à notre disposition, dès qu'il n'était plus permis de s'en saisir à son gré, la possession en était perdue, suivant la doctrine romaine[1]. Doit-on en conclure que l'interdit *Utrubi* ne servira plus qu'à réprimer le trouble qu'éprouverait un possesseur actuel, mais non à remettre en jouissance celui qui se trouverait dénanti? Ce serait aller trop loin; car toutes les fois que le nouveau possesseur se sera procuré la chose soit à l'aide de violences, soit en la soustrayant secrètement, soit par suite d'un *precarium*, un procès au possessoire sera possible, dans lequel triomphera l'ancien possesseur, en prouvant seulement qu'il avait la possession, et qu'il en a été dépouillé par l'un ou l'autre de ces moyens. Il reste toujours vrai, dans le dernier état du droit comme anciennement, qu'une possession vicieuse n'est pas prise en considération, et que le droit à la possession doit alors être transporté à l'adversaire. La circonstance d'une dépossession de fait peut donc encore ne pas faire obstacle au gain du procès. Il faudra seulement avoir soin d'agir avant l'expiration d'une année; l'assimilation opérée entre les deux interdits *retinendæ possessionis* semble effectivement devoir être étendue à ce qui concerne le délai pendant lequel l'interdit est efficace: *Intra annum quo primum experiundi potestas fuerit.*

Supposez que le possesseur vicieux a transmis le meuble à un tiers, ou que la possession nouvelle soit exempte de l'un des vices qui empêchent la possession d'être utile en matière d'interdits[2], l'ancien possesseur se trouvera désarmé; il n'aura que la ressource de la revendication ou de l'action Publicienne,

[1] Voy. L. 3, § 13, *De adq. posses.*

[2] Un meuble a-t-il été égaré, celui qui s'en empare, à moins qu'il ne tienne la chose *pro derelicta*, était sans doute soumis à l'action *furti* (L. 43, § 4, *De furt.*); mais l'action *furti* était, nous le savons, déniée au possesseur de mauvaise foi.

qui exigent la preuve d'un droit de propriété ou d'une *justa causa usucapionis*. Autrefois les règles de l'interdit *Utrubi* érigeaient, dans une certaine mesure, pendant quelque temps du moins, la simple possession des meubles en une sorte de *jus in re*, faveur qui a disparu depuis la réforme que nous avons signalée.

CHAPITRE III.

INTERDITS *RECUPERANDÆ POSSESSIONIS*.

La législation romaine a connu plusieurs interdits ayant pour but de faire recouvrer la possession. Justinien, dans ses Institutes, ne parle que d'un seul interdit de ce genre, l'interdit *Unde vi*, mentionné au § 6, *De interd*. Le même caractère appartenait à l'interdit *De precario*, auquel les Pandectes consacrent un titre particulier. Enfin nous aurons à constater qu'il a encore existé en droit romain un interdit *De clandestina possessione*, qui servait également à recouvrer la possession; et nous aurons à expliquer quand et comment a disparu cet interdit.

Examinons séparément chacune des hypothèses pour lesquelles avait été créé un interdit *recuperandæ possessionis*.

§ 1er. — Interdit *Unde vi*.

L'interdit *Unde vi* fait l'objet du titre 16, liv. XLIII, du Digeste, sous la rubrique : *De vi, et de vi armata*. Cette rubrique conserve une trace de la distinction qui fut faite pendant longtemps entre le cas où la violence avait été effectuée sans armes, et le cas où des armes avaient été employées, distinction signalée plusieurs fois par Cicéron, et encore en pleine vigueur à l'époque des grands jurisconsultes. L'intérêt principal de cette distinction consistait en ce que celui qui avait eu recours à une *vis armata* était passible de l'interdit, sans pouvoir exciper de cette circonstance que la possession de son adversaire était vicieuse, tandis qu'il y avait lieu à tenir compte des *vitia possessionis*, si le plaignant n'avait à reprocher au défendeur qu'une violence moins grave, une simple *vis quotidiana*, selon l'expression employée par les commentateurs, et empruntée à Cicéron, qui se sert une fois en effet de cette qualification.

La différence importante, autrefois observée entre les deux sortes de violence, n'existe plus, comme nous aurons à le voir, sous Justinien; les règles qui étaient suivies à l'occasion de la *vis armata* exclusivement sont devenues générales. Cependant l'assimilation des deux hypothèses n'est pas complète dans le dernier état du droit; il y a encore intérêt à savoir si la *vis* a été exercée *cum armis* ou *sine armis* pour concéder ou non l'interdit, alors qu'il existe certains rapports entre les parties litigantes. En principe, l'interdit *Unde vi* devait être refusé à l'affranchi contre son patron, ou au descendant contre son ascendant (L. 2, L. 7, § 2, *De obseq. parent.*); néanmoins, suivant une décision d'Ulpien, qui a été conservée par les auteurs des Pandectes, L. 1, § 43, *De vi*, il en était autrement, si le patron ou l'ascendant avait usé de violence à main armée. Hors de là, nous dit ce dernier texte, il fallait recourir à une action *in factum*, dont nous ne connaissons pas la teneur, mais où la mention d'une violence commise était sans doute évitée. Toutefois, d'après le même Ulpien, L. 13, *h. t.*, la condamnation à la suite de l'interdit *Unde vi*, non plus qu'à la suite de tout autre interdit, n'avait pas pour effet d'entraîner l'infamie. Mais l'interdit *Unde vi*, suivant ses conditions, contenait l'imputation d'une *vis atrox*, qu'il n'était pas décent d'élever contre un patron ou un ascendant, à moins que celui-ci ne se fût rendu indigne de ménagements à raison de l'audace avec laquelle il s'était conduit [1].

L'interdit *Unde vi* était simple, et admettait la séparation des rôles de demandeur et de défendeur. Il était, en outre, au nombre des interdits restitutoires, et permettait dès lors d'échapper aux *sponsiones pœnales*, pourvu que l'une des parties réclamât immédiatement l'octroi d'une formule arbitraire.

Les termes précis de l'interdit ne nous sont pas parvenus.

[1] La distinction entre la *vis armata* et la *vis non armata* était encore importante au point de vue du *judicium publicum* auquel était exposé l'auteur de la violence. Aux termes du § 6, Instit., *De interd.*, où l'on peut voir jusqu'où s'étendait la signification du mot *arma*, quand il y avait eu *dejectio cum armis*, le coupable encourait la peine portée par la loi Julia, *De vi publica*, tandis que si la *dejectio* avait été opérée *sine armis*, il y avait application de la loi Julia *De vi privata*. Au premier cas, la déportation était prononcée; au second cas, il y avait confiscation du tiers des biens; voy. le § 8, Instit., *De publ. jud.*

Le *principium* de la loi 1, *De vi*, ne doit être considéré comme reproduisant la rédaction de l'ordre émis par le magistrat que jusqu'à ce mot : *dejecit*. Des auteurs modernes ont essayé de combler cette lacune, et de ressusciter la physionomie de l'interdit *Unde vi*, à l'aide de divers documents, et notamment de quelques passages des œuvres de Cicéron. Vangerow[1] a proposé, pour l'interdit *de vi quotidiana*, la rédaction suivante :

« *Unde tu, Numeri Negidi, aut familia tua, aut procurator tuus Aulum Agerium, aut familiam, aut procuratorem ejus, in hoc anno, vi dejecisti, qua de re agitur, cum Aulus Agerius possideret quod nec vi, nec clam, nec precario a te possideret, eo restituas.* »

En ce qui concerne l'interdit *De vi armata*, il aurait été conçu à peu près de la même manière, sauf l'omission des termes relatifs aux *vitia* dont aurait pu être entachée la possession du *dejectus*.

Conditions de l'interdit.

Première condition. — Cet interdit ne compétait qu'à celui qui avait la possession[2]; il n'était pas à la disposition du simple détenteur. L'opinion contraire a cependant trouvé des partisans, qui ont invoqué principalement la loi 1, § 9, *h. t.*, suivant laquelle l'interdit *Unde vi* n'exige autre chose que la *possessio naturalis*. Mais nous savons que cette expression, dont la portée n'était pas toujours la même, pouvait s'appliquer à celui qui détenait *animo domini*, sans être en position de prétendre à l'usucapion. La preuve que les mots *possessio naturalis* étaient employés par Ulpien dans ce dernier sens résulte du § 10, qui n'est que le développement de la doctrine énoncée au § 9; or le § 10, tout en accordant l'interdit *Unde vi* à la femme expulsée d'un fonds à elle donné par son mari, est positif pour refuser au *colonus* la même ressource. Quand le *colonus* subit *en fait* une *dejectio*, la dépossession *en droit* atteint le bailleur, L. 1, § 22, *h. t.*; c'est à lui qu'appartient en conséquence l'interdit, L. 20, *ibid.* Il en a besoin pour pouvoir accomplir l'obligation qu'il a contractée de faire jouir le *colonus*; ce dernier est suffisamment protégé par l'action

[1] *Lehrb. der Pandect.*, t. III, § 690, obs. 1.
[2] L. 1, § 23, *h. t.*

conducti, au moyen de laquelle il obtiendra des dommages-intérêts pour le cas où le bailleur ne le remettrait pas en jouissance.

Cette condition d'une possession proprement dite devait-elle du moins être écartée, si le *dejectus* pouvait se plaindre d'avoir été victime d'une *vis armata*, et la simple détention ne suffirait-elle pas alors pour donner droit à l'exercice de l'interdit *Unde vi?* L'affirmative a été souvent soutenue, et l'on a essayé de faire remonter au droit romain, en ce qui concerne l'interdit *De vi armata*, cette doctrine assez généralement suivie en droit français à l'occasion de la réintégrande. C'est ce qui était enseigné notamment par Cujas (*Interpret. in Pauli Sentent.*, liv. V, tit. 6, § 6), et sur la loi 18, *De vi* (liv. XXVI, *Quæst. Papin.*). Mais les textes des jurisconsultes romains ne contiennent rien qui autorise une pareille distinction. Il est vrai qu'elle semble pouvoir s'appuyer sur le discours de Cicéron, *Pro Cœcina*. Seulement, quelques efforts qui aient été tentés pour démontrer que le grand orateur avait défendu une bonne cause, il est permis de conjecturer, avec Savigny et d'autres auteurs graves, que Cicéron a dû perdre son procès, précisément parce que son client ne pouvait justifier qu'il eût été en possession. La violence dont se plaignait Cœcina n'avait été vraisemblablement employée que pour faire obstacle à une appréhension de possession qu'il avait essayé de réaliser. En pareil cas, il n'y avait pas *vi dejectio*, il n'y avait pas lieu à un interdit *recuperandæ possessionis*[1]; on ne saurait perdre ce qu'on n'a point.

Deuxième condition. — La violence commise devait consister en une *vis atrox*[2], et il fallait que cette violence eût amené la perte de la possession.

Pour constituer la *vis atrox* il n'est pas nécessaire, comme le fait observer Savigny, qu'il y ait eu des voies de fait d'une nature grave, par exemple des coups ou des blessures. La *vis atrox* est celle qui s'adresse à la personne du possesseur, qui porte atteinte à sa sécurité. Pour autoriser, au contraire, l'interdit *Uti possidetis*, il suffit qu'il y ait eu un trouble quelconque à la tranquillité de la possession, par quelque entreprise accomplie sur le fonds, au moyen d'actes qui n'attaquent pas

[1] L. 1, § 26, *h. t.*

[2] *Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum*, L. 1, § 3.

directement la personne du possesseur, de telle sorte que la violence soit pour ainsi dire exercée contre la chose disputée entre les parties.

La violence doit en outre avoir fait perdre à celui contre qui elle a été dirigée la possession d'un immeuble; elle doit avoir produit une *dejectio* au point de vue de la possession. En vain le possesseur aurait-il été expulsé de son fonds par l'emploi de la force, si ses gens n'ont pas subi le même sort, et ont continué à occuper les lieux. L'auteur de l'expulsion pourra bien être soumis à l'action d'injures, à un *judicium publicum* en vertu de la loi Julia *De vi;* mais il n'y aura pas application de l'interdit *Unde vi*, parce qu'il n'y a pas eu perte de la possession, celle-ci étant conservée par le fait des individus qui détiennent toujours l'immeuble pour le compte de l'expulsé [1]. En revanche, il faudra dire, ainsi que nous l'avons établi plus haut, qu'il y a eu *dejectio* éprouvée, et que la faculté d'invoquer l'interdit *Unde vi* est ouverte, bien que le possesseur n'ait été personnellement l'objet d'aucune violence, si ceux par l'intermédiaire desquels il détenait (esclaves, mandataires, fermiers) ont été expulsés violemment du fonds, *dict.* L. 1, § 22. — Il n'importe enfin que la *dejectio* ait été opérée dès le principe, parce que le défendeur, ayant trouvé le terrain occupé, a eu besoin d'en chasser le possesseur, ou bien que l'adversaire ayant pu s'emparer de l'immeuble sans résistance, grâce à l'absence momentanée du possesseur, il ait usé de violence pour empêcher ce dernier d'y rentrer à son retour, L. 1, § 24; L. 3, § 14 [2].

Cette condition d'une dépossession par l'effet de la violence fera défaut dans le cas où le possesseur aurait lui-même opéré la tradition, quoiqu'il n'ait agi de la sorte qu'à raison de la crainte que lui ont inspirée les violences exercées à son égard. Il n'y a pas alors *vi dejectio*, disait Pomponius, au rapport

[1] L. 1, § 45. — Il est très-probable qu'une négation a été omise dans ce paragraphe, et qu'on doit lire : NON *possidet*. Cette conjecture, admise par d'anciens interprètes, et adoptée par Savigny, nous semble préférable à la correction proposée par d'autres auteurs, notamment par Pothier, correction suivant laquelle il faudrait substituer le mot *possedit* à celui de *possidet*. Du reste, la véritable doctrine du jurisconsulte romain ne saurait faire doute; elle ressort inévitablement de l'ensemble du texte.

[2] Nous aurons à revenir particulièrement sur cette hypothèse, en nous occupant de l'ancien interdit *de clandestina possessione*.

d'Ulpien, L. 5, *h. t.*[1], par conséquent pas de place à notre interdit. La victime de la violence ne restera point cependant désarmée; seulement elle devra recourir à une autre voie, qui était même plus efficace que l'interdit, comme nous le verrons tout à l'heure. La ressource qui lui était ouverte en cette occurrence était l'action *quod metus causa*, donnée contre tout détenteur de l'immeuble livré sous l'empire de la crainte, ressource indiquée par le même Pomponius, suivant le témoignage du même Ulpien; voy. L. 9, *pr. in fine, Quod met. causa.*

Que devait-on dire dans l'hypothèse où le possesseur, sans attendre d'être expulsé, avait pris la fuite et avait abandonné l'immeuble, parce qu'il redoutait une attaque à main armée? Pouvait-il alors se plaindre d'avoir été *vi dejectus*, et par conséquent recourir à l'interdit *Unde vi?* Nous avons sur ce point, dans la loi 3, § 7, *De vi*, une décision précise d'Ulpien, qui consiste à distinguer si le fonds a été réellement ou non occupé par les gens armés dont l'approche a occasionné la fuite du possesseur; et cette distinction se retrouve dans un passage des Sentences de Paul, liv. V, tit. 6, § 4. Tel est bien l'avis qui paraît avoir prévalu, et qu'il faut considérer comme la règle de droit admise par les compilateurs, qui, dans le titre consacré à l'interdit *Unde vi*, ont donné place à la doctrine d'Ulpien et de Paul. La même doctrine est d'ailleurs reproduite dans un autre extrait d'Ulpien, qui figure également au même titre (L. 1, § 29), mais qui constate aussi que des opinions différentes avaient été émises sur cette question. Nous trouvons rapportée d'abord, dans ce § 29, l'opinion de Labéon, suivant laquelle la *vi dejectio* existerait par cela seul que le possesseur aurait pris la fuite à raison de la frayeur que lui a inspirée la vue d'une troupe armée : *Idem Labeo ait, eum, qui metu turbæ perterritus fugerit, videri dejectum.* Ulpien indique ensuite comme étant opposé à ce sentiment celui de Pomponius, qui semblerait avoir exigé une collision effective : *Sed Pomponius ait vim sine corporali vi locum non habere.* Le jurisconsulte termine, en donnant sa décision, qui s'écarterait des

[1] *Si rerum tibi possessionem tradidero, dicit Pomponius, Unde vi interdictum cessare : quoniam non est vi dejectus qui compulsus est in possessionem inducere.*

deux opinions qu'il vient de citer : *Ego etiam eum, qui fugatus est supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverunt possessionem, videri vi dejectum.* Il ne serait donc pas nécessaire qu'une lutte eût été engagée, que l'on en fût venu aux mains; mais, d'un autre côté, la simple appréhension d'une attaque ne suffirait pas, quand le défaut d'une occupation effective démontre que les soupçons de celui qui a pris la fuite étaient dénués de fondement. Il en serait autrement si ces soupçons étaient légitimes, si le possesseur n'avait fui que pour se soustraire à un danger véritable, pour prévenir des violences qu'il avait raison de redouter, parce que l'événement a prouvé qu'il ne se trompait pas sur les intentions par lui prêtées aux individus qui composaient l'attroupement. Ulpien se serait éloigné également et de la doctrine trop indulgente de Labéon, lequel se serait contenté de la crainte inspirée par la vue de gens armés, sans ajouter que l'invasion prévue devait avoir été réalisée, et de la doctrine trop rigoureuse de Pomponius, qui aurait exigé la consommation de violences corporelles.

La première doctrine, rejetée par Ulpien, n'aurait pas eu uniquement pour partisan Labéon; elle aurait été aussi enseignée par Julien, qui, suivant la loi 33, § 2, *De usurp.*[1], admettait qu'il y avait *vi dejectio*, alors que le *dominus fundi* avait pris la fuite à la vue d'hommes armés, bien que cependant le fonds n'eût pas été envahi. Toutefois on ne pourrait pas dire en pareil cas que le fonds abandonné par son maître est affecté d'un vice qui fasse obstacle à l'usucapion; l'immeuble ne tomberait pas sous l'application de la loi Plautia et Julia, attendu

[1] *Si dominus fundi homines armatos venientes existimaverit, atque ita profugerit, vi dejectus videtur; sed nihilominus id prædium, etiam antequam in potestatem domini redeat, a bonæ fidei possessore usucapitur : quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi quæ vi possessa fuissent, non etiam ex quibus vi quis dejectus fuisset.* — Cujas, en commentant ce texte (t. VI, c. 314), substitue au mot *existimaverit* celui-ci : *extimuerit*, afin de concilier la décision de Julien avec celle contenue dans la loi 9, *pr.*, *Quod met. caus.*, qui exige, pour la concession soit de l'action *quod metus*, soit de l'interdit *Unde vi*, que la crainte éprouvée soit basée sur des faits présents, non sur la simple présomption d'un danger possible, mais non imminent. Cette correction ingénieuse mettrait la loi 33 en harmonie avec les conditions requises en droit pour que la crainte doive être prise en considération. Elle a été suivie par Pothier et Savigny; mais elle est contrariée par la leçon des Basiliques, où il n'est fait mention que d'une supposition : (Εἰ νορίσος, *si... ratus*, trad. d'Heimbach).

qu'il n'y aurait pas *res vi possessa*. — Qu'il ait existé entre les jurisconsultes romains une divergence de vues sur l'appréciation des circonstances nécessaires pour constituer une *vi dejectio*, c'est ce qui ne peut guère être contesté; et l'on doit blâmer les rédacteurs de Justinien d'avoir accepté, sans le modifier, le fragment de Julien qui renferme ces deux propositions : 1° le possesseur qui prend la fuite doit être considéré comme *vi dejectus*, quoiqu'il n'y ait pas eu occupation du fonds; 2° le *fundus* n'est pas alors *vi possessus*, et par suite il est susceptible d'être usucapé. On a fait observer avec raison que cette dernière proposition était la seule qui eût frappé l'attention des auteurs des Pandectes, la seule qu'ils aient entendu confirmer, parce qu'ils s'occupaient, au moment où ils ont extrait le texte de Julien, de tracer les règles de l'usucapion [1]. Quant aux conditions de l'admissibilité de l'interdit *Unde vi*, il faut les chercher au siége de cette matière, où se trouve consacrée la distinction rationnelle adoptée par Paul et Ulpien. Il serait, en effet, bien rigoureux de décider que le fait de s'être approché avec des armes de l'immeuble possédé par un autre, bien que cette possession ait été respectée, entraîne l'obligation de réparer le dommage que le possesseur a éprouvé en abandonnant l'immeuble par suite d'une frayeur mal à propos conçue. La perte de la possession ne doit être imputée qu'à la pusillanimité du possesseur; il n'a été expulsé par personne; il s'est expulsé lui-même.

Il est plus délicat de faire concorder la doctrine prêtée par Ulpien à Labéon et à Pomponius dans la loi 1, § 29, *De vi*, avec celle qu'auraient professée les mêmes jurisconsultes, et qui est encore exposée par Ulpien, L. 9, *pr.*, *Quod met. caus.* Dans ce dernier texte, nous voyons que Labéon, prévoyant que le possesseur a pris la fuite sur l'annonce de la venue de gens armés, refuse l'interdit *Unde vi*, ce qu'il justifiait en disant : *Quoniam non videor vi dejectus qui dejici non expectavi*. On serait donc porté à croire que Labéon exigeait une *dejectio* proprement dite, qu'il voulait cette *vis corporalis* dont parle ailleurs Pomponius, puisqu'il fallait attendre que l'on fût expulsé. Ce serait, au contraire, Pomponius qui se serait montré plus facile; car, au rapport d'Ulpien, il pensait qu'on devait

[1] Il est à remarquer que les auteurs des Basiliques n'ont conservé que la seconde des propositions énoncées par Julien.

venir au secours de celui qui n'avait abandonné son fonds qu'après l'entrée sur ledit fonds des gens armés, sans aller jusqu'à vouloir que l'on eût essayé d'opposer une résistance matérielle : *aliter, si posteaquam ingressi sunt, tunc discessi.* — Nous croyons qu'on peut éviter toute contradiction, en faisant observer que l'hypothèse dans laquelle se place Labéon, L. 9, *pr.*, est celle d'un individu, qui, sur une simple rumeur (*audito quod quis cum armis veniret*) se résout précipitamment à prendre la fuite. Le jurisconsulte estimait qu'il ne suffisait pas de soupçonner un danger futur, quand il était encore assez éloigné. Mais sans doute il tenait compte des inquiétudes autorisées par l'apparition d'une troupe armée; il excusait celui qui ne s'était enfui qu'à l'aspect de cette *turba* menaçante, n'eût-elle pas encore mis le pied sur le terrain dont la possession est abandonnée. Dès ce moment, il y avait à ses yeux *vi dejectio : Eum, qui metu turbæ perterritus fugerit videri vi dejectum.* Pomponius imposait plus de fermeté au possesseur; celui-ci ne devait s'effrayer qu'autant qu'il était devenu certain que ces gens armés songeaient bien à l'attaquer, et que leurs intentions en ce sens s'étaient manifestées par un commencement d'exécution. C'est là ce qu'il entendait probablement par la *vis corporalis,* nécessaire, suivant lui, pour fonder l'interdit *Unde vi.* Quant à Ulpien, il ajoute quelque chose à la doctrine de Labéon; il veut qu'une occupation effectuée soit venue justifier les alarmes conçues. Il retranche quelque chose à la doctrine de Pomponius; la fuite est permise dès l'approche des gens armés (*supervenientibus quibusdam*), même avant l'invasion commencée, pourvu que l'on ne se soit pas trompé sur les intentions hostiles de ceux à la vue desquels on s'est retiré.

Cette distinction est, en général, satisfaisante. Là où il n'y aura pas eu prise de possession, malgré la facilité qu'offrait à cet égard la fuite du possesseur, on sera fondé à présumer que ce dernier s'est alarmé sans motifs, qu'il a eu le tort de considérer comme dirigée contre lui une prise d'armes qui ne le menaçait pas. Il y avait, au contraire, de bonnes raisons de s'effrayer, quand l'événement a démontré qu'on avait bien jugé les intentions de la troupe armée dont on a évité le choc en prenant la fuite. Prenons garde toutefois que la circonstance d'une occupation de l'immeuble de la part de l'adversaire n'est pas nécessaire pour donner ouverture à l'interdit. Habituellement

sans doute celui qui en expulse un autre ne le fait que pour se substituer à sa place; il est mû ordinairement par une idée de gain, par un esprit de cupidité. Mais peut-être n'a-t-il obéi qu'à un sentiment de haine, n'a-t-il agi que pour satisfaire son animosité; et après avoir dépouillé son ennemi de la possession, il a dédaigné d'occuper l'immeuble, se contentant d'avoir causé du tort à autrui, sans chercher à en tirer profit. Il n'en sera pas moins tenu de réparer le dommage qu'il a occasionné, et exposé à subir le rôle de défendeur à l'interdit *Unde vi;* voyez L. 4, § 22, *De usurp.* Nous pensons qu'Ulpien n'aurait pas hésité à concéder l'interdit au plaignant qui aurait pris la fuite pour échapper à une attaque imminente, s'il était constant que la tentative d'expulsion n'a été abandonnée qu'à raison de la retraite du possesseur, l'agresseur ne s'étant arrêté qu'en voyant accompli son but, qui était uniquement de priver son adversaire de la possession, non de s'enrichir de ses dépouilles. Il y avait effectivement en pareil cas tout ce qu'il faut pour qu'on puisse se dire *vi dejectus,* puisqu'on n'exigeait pas une résistance matérielle opposée à l'envahisseur, et qu'il suffisait de l'existence d'un danger sérieux; puisque, d'une autre part, le défendeur à l'interdit est responsable du mal qu'il a causé, abstraction faite de tout profit par lui retiré. Seulement le demandeur à l'interdit devra prouver que, malgré le défaut de prise de possession, une collision était inévitable, s'il ne s'était enfui. Or, c'est là ce qui constitue une hypothèse exceptionnelle; et, en règle ordinaire, on sera fondé à dire que le possesseur qui a pris la fuite avant toute attaque, et dont le terrain n'a pas été occupé, s'est laissé aller à une terreur imaginaire.

Troisième condition. — Le défendeur à l'interdit doit être l'auteur de la violence. La rédaction primitive de l'interdit était, paraît-il, celle-ci : *Unde tu... dejecisti.* Cette formule, rigoureusement entendue, semblait ne s'appliquer qu'à l'individu même qui personnellement aurait usé de violence, de sorte que celui-là eût échappé à l'interdit, qui aurait eu le soin de faire exercer par des tiers les actes de violence dont il avait profité. Il résulte du discours de Cicéron *Pro Tullio* [1], que, pour obvier à cette fraude, les Préteurs auraient cru nécessaire d'insérer dans l'interdit une clause spéciale, à l'effet d'atteindre

[1] V. Savigny, § 40.

ceux qui par dol auraient fait consommer une *dejectio*, addition conçue en ces termes : *Unde dolo malo tuo vi detrusus est.* Mais au temps des jurisconsultes classiques, cette précaution avait été jugée superflue; on ne faisait aucune difficulté pour assimiler au *dejicere* proprement dit le cas de *dejicere facere.* Aussi Ulpien, L. 1, § 11, *De vi*, déclare-t-il qu'il est indifférant que l'on ait expulsé par soi-même, ou que l'on ait donné un mandat, ou un ordre pour faire accomplir une *dejectio* : *Dejecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel jussit ut aliquis dejiceretur : parvi enim referre visum est suis manibus quis dejiciat, an vero per alium.* Dans le cas même où la *dejectio* avait été opérée dans l'intérêt d'un tiers, qui n'avait rien ordonné, mais qui ratifiait ce qui avait été fait pour son compte, l'opinion prévalut que la ratification équivalait à un mandat, et que le ratifiant devait être considéré comme étant l'auteur de l'expulsion, et soumis, par conséquent, directement à l'interdit *Unde vi* [1].

L'édit prévoyait expressément une hypothèse, qui en pratique devait se rencontrer fréquemment, celle où la *dejectio* aurait été le fait des esclaves du défendeur : *Tu, aut familia* [2] *tua dejecit.* Le maître ne pouvait pas, pour échapper à l'interdit, se retrancher derrière cette circonstance qu'il n'avait point personnellement pris part à l'expulsion. Cependant la responsabilité qui incombait alors au maître variait, suivant qu'il avait donné l'ordre à ses esclaves d'agir comme ils l'avaient fait, ou que les violences commises par ceux-ci n'avaient pas été précédées d'un ordre. Là où les esclaves n'avaient fait que se conformer au *jussus domini*, le maître était tenu *proprio nomine*, de la même manière que s'il avait expulsé par son fait, L. 1, § 12 et § 15. A défaut de *jussus*, l'interdit *Unde vi* était

V. L. 1, § 14.

[2] L'expression *familia* étant un nom collectif, qui sert à désigner l'ensemble des esclaves, certains jurisconsultes pensaient que la violence devait avoir été exercée par plusieurs esclaves réunis, tout au moins par deux esclaves. Telle était, paraît-il, la doctrine enseignée par Paul, *Sentent.*, liv. V, tit. 6, § 3, où l'on doit lire, suivant la conjecture de Cujas : *dejiciat*, et non *dejiciatur*. L'intention de Paul est, en effet, d'indiquer dans quel cas il y a *dejectio* opérée par la *familia*, et non pas comment la *dejectio* de la *familia* emporterait *dejectio* du *dominus*. Mais Ulpien, L. 1, § 17, ne s'arrêtait pas à ce scrupule grammatical; il admettait que l'interdit était applicable, la *dejectio* fût-elle l'œuvre d'un esclave unique.

délivré *noxaliter*, au point de vue de la nécessité de réparer le dommage. On appliquait les règles ordinaires des actions noxales, en laissant au maître la faculté de se soustraire à une condamnation au moyen de l'abandon noxal, *dict.* § 15. Mais, indépendamment de la concession de l'interdit *Unde vi*, dans le but qui vient d'être indiqué, le maître, qui aurait obtenu la possession par le fait de ses esclaves ayant agi sans son ordre, était soumis à une action en restitution de ce dont il s'était enrichi : *Aut pervenit ad eum aliquid, et restitueret, eod.* § 15.

En ce qui concernait l'obligation pesant sur les héritiers ou autres successeurs universels à raison d'une *dejectio* commise par leur auteur, on se conformait également aux principes qui gouvernaient les actions *ex delicto;* l'héritier ne pouvait être poursuivi que jusqu'à concurrence de ce dont il avait profité, ou de ce dont il s'était dépouillé par son dol, L. 1, § 48 ; L. 2, *h. t.* Il y avait lieu, dans cette mesure, à une action dite *in factum.* — Quant au successeur à titre particulier, il n'était pas exposé, malgré sa possession, à subir l'interdit *Unde vi;* en vain même aurait-il été informé, en traitant avec le *dejiciens*, de l'origine vicieuse de la possession de son auteur, il n'en restait pas moins à l'abri de l'interdit. C'est ce qui ressort de différents textes, notamment de la loi 7, *De vi* [1], et de la loi 3, § 10, *Uti possid.* [2]. Sur ce point important, l'énergie de l'action accordée par le droit romain à celui qui avait été dépouillé de la possession d'un immeuble était bien moindre que celle qui appartient à l'action possessoire de notre droit français. La législation romaine n'avait pas fait du simple rapport de possession en matière d'immeubles une sorte de *jus in re* de courte durée, autorisant du moins pendant quelque temps le possesseur spolié à revendiquer la possession entre les mains de tout détenteur. On ne voyait dans le fait d'une *dejectio* qu'un délit commis envers le possesseur, engendrant une obligation de réparer le dommage, obligation à laquelle était naturellement étranger le successeur à titre particulier. D'un autre côté, l'auteur du délit demeurait tenu, qu'il se fût ou non emparé de l'immeuble,

[1] *Cum a te vi dejectus sim, si Titius eamdem rem possidere cœperit, non possum cum alio quam tecum interdicto experiri.*

[2] *Non videor vi possidere, qui ab eo, quem scirem vi in possessionem esse, fundum accipiam.*

ainsi que nous l'avons dit plus haut, et, dans le cas où il avait pris possession, qu'il eût ou non conservé la chose. Alors même qu'il l'aurait perdue, sans qu'il y eût faute ou dol de sa part, il n'échappait pas néanmoins à la responsabilité de son délit vis-à-vis celui au préjudice duquel avait été consommée la *dejectio*, L. 15, *De vi*.

Si les textes que nous avons cités sont concluants pour établir que le tiers détenteur qui aurait reçu l'immeuble du *dejiciens* échappait à l'interdit *Unde vi*, on peut se demander à quoi lui servait cette immunité, dans le cas où il serait vrai qu'à la suite d'une *dejectio* la victime de la violence était autorisée à user de l'action *quod metus causa*. Ce qui était impossible par le jeu de l'interdit aurait alors été obtenu au moyen de l'action *quod metus*, dont la puissance était telle que le possesseur actuel de la chose perdue par violence pouvait être atteint, fût-il d'ailleurs parfaitement innocent, suivant la règle écrite dans la loi 14, § 3, *Quod met. caus.* Déjà nous avons vu cette action plus radicale concédée à celui qui avait été amené sous l'empire de la crainte à faire lui-même tradition, hypothèse où du reste l'interdit était écarté, parce qu'il y avait eu non pas *vi dejectio*, mais *vi traditio*. Mais la même ressource, c'est-à-dire celle de l'action *quod metus*, est accordée par la loi 9, *pr.*, *Quod met. caus.*, à celui qui a pris la fuite après que des gens armés sont entrés sur le fonds, ce qui constitue en même temps une *vi dejectio*. Ainsi la faculté de s'adresser aux tiers détenteurs n'appartiendrait pas seulement à celui qui a fait tradition par violence ; elle appartiendrait également à celui qui a fui au moment où a commencé l'occupation du fonds de la part de gens armés ; et, dans ce dernier cas, l'action *quod metus*, bien plus large dans ses effets, concourrait avec l'interdit *Unde vi*, qui ne frapperait que l'auteur de la *dejectio*. S'agit-il, au contraire, d'un possesseur qui a eu le courage de tenir tête à l'agresseur, qui a résisté, mais sans succès, et qui se trouvant le moins fort a été jeté hors du fonds, celui-ci n'aura à sa disposition que l'interdit *Unde vi*, avec la portée restreinte que nous avons signalée. Nous ne trouvons, en effet, aucune décision qui étende jusqu'à cette hypothèse la sphère de l'action *quod metus ;* et il faut bien admettre qu'il en était ainsi, puisque les jurisconsultes nous présentent l'individu qui a subi une expulsion proprement dite

comme ne pouvant inquiéter le tiers possesseur, malgré la mauvaise foi de ce dernier.

Il est difficile assurément de justifier rationnellement une pareille différence. Il semblerait, en effet, que l'homme qui mérite le plus de faveur est précisément celui qui a montré le plus d'intrépidité, et qui a défendu son droit le plus énergiquement. On ne saurait songer à prétendre que la législation romaine, désireuse d'empêcher les rixes, récompensait le possesseur qui avait eu la prudence d'éviter une collision, et réprimait l'opiniâtreté déployée de la part de celui qui avait essayé vainement de repousser une attaque injuste, et qui n'avait eu d'autre tort que d'être le plus faible. Tout ce que l'on peut dire c'est que la *vi dejectio* avait été considérée comme engendrant rigoureusement une simple obligation *ex maleficio*, sous le coup de laquelle tombait seulement l'auteur du délit. A la suite d'une expulsion éprouvée par le possesseur qu'une force supérieure avait éconduit, il n'y avait aucun acte de droit qui pût être rescindé par le Préteur. On se trouvait en présence d'un fait brutal sur lequel l'édit *Quod metus causa* n'avait pas de prise. L'application de cet édit supposait qu'il y avait eu un acte juridique quelconque accompli sous l'empire de la crainte, *aliquid metus causa gestum*, par exemple, une aliénation consommée, une obligation contractée, une libération accordée, en un mot, une manifestation de volonté extorquée à quelqu'un. Le Préteur intervenait alors, pour rescinder les effets d'une volonté qui n'avait pas été libre; les choses étaient remises au même état que si l'acte inspiré par la crainte n'avait pas eu lieu. En supprimant l'aliénation imposée à celui qui avait livré, on dépouillait de ce qu'il avait injustement acquis l'auteur de la violence, et, par suite, ses ayant cause. Mais où trouver l'*aliquid gestum* de la part de celui qui a été physiquement expulsé par abus de la force? On a agi sur lui, il n'a pas agi; il a été victime de ce que les commentateurs ont appelé *vis absoluta*. La crainte ne lui a fait prendre aucune détermination, dont on puisse anéantir les conséquences. Sans doute il y a quelque subtilité à voir une manifestation de volonté, une sorte de tradition dans le fait de celui qui prend la fuite à l'arrivée sur son fonds de gens armés venant pour l'occuper; cependant on n'avait pas reculé devant cette interprétation. Céder la place à celui qui veut par force s'emparer d'un immeuble, c'est adhé-

rer par crainte à l'intention exprimée par son adversaire; c'est en quelque sorte faire une tradition contre son gré. A celui qui se décide à livrer effectivement pour éviter d'être maltraité, on assimile celui qui préfère abandonner sa chose, quand il se voit menacé d'être maltraité, s'il résistait. Cette espèce de tradition est rescindée comme celle qui serait faite directement, tandis qu'il n'y a pas de rescision possible là où ne se rencontrent que des voies de fait qui ont abouti à l'expulsion du possesseur.

Quatrième condition. — La dernière condition exigée pour l'application de l'interdit *Unde vi* était relative à la nature de la chose dont le possesseur avait été violemment dépouillé; il fallait qu'il s'agît d'un immeuble. Cette doctrine est incontestable pour le temps des jurisconsultes; elle est développée par Ulpien, L. 1, §§ 3 et suiv., *De vi;* elle est reproduite dans les Sentences de Paul, liv. V, tit. 6, § 5. Nous avons expliqué précédemment[1] comment un interdit spécial dans le but de faire recouvrer la possession des meubles était inutile sous l'empire des règles qui gouvernaient autrefois l'interdit *Utrubi.* Nous avons vu également comment, en 389, une constitution de Valentinien, etc., était venue réprimer de la façon la plus sévère l'emploi de la violence, en faisant décheoir de son droit de propriété le *dominus* qui aurait eu recours à la force afin de se faire justice à lui-même. Cette déchéance du droit de propriété s'appliquait indistinctement aux meubles et aux immeubles, ainsi que le dit Justinien, § 1, *Instit.*, *De bon. vi rapt.* Le possesseur d'un meuble à l'égard duquel une violence avait été exercée pour lui arracher la possession devait donc être rétabli en possession, sans avoir à craindre un débat au pétitoire. Non-seulement il recouvrait la possession, mais encore il gardait la chose irrévocablement, si elle appartenait à l'auteur de la violence.

Suivant Savigny, la conséquence qu'il faut tirer de cette constitution, c'est que désormais l'interdit *Unde vi* a été affranchi de l'ancienne restriction, d'après laquelle il était limité aux immeubles. Cette constitution a opéré, dit-il, une véritable extension de l'interdit *Unde vi* aux choses mobilières, ce qui serait démontré par la place donnée à la loi de Valen-

[1] P. 523.

tinien dans le Code Justinien, où elle forme la loi 7 du titre *Unde vi*. Ce système, ajoute le savant romaniste, doit être nécessairement admis; car les conditions d'application de la constitution ne se trouvent point déterminées, et cette omission ne peut s'expliquer que par un renvoi implicite aux conditions connues de l'interdit *Unde vi*.

La théorie proposée par Savigny a rencontré de nombreux contradicteurs; elle est, en effet, difficile à concilier avec la reproduction aux Pandectes de la doctrine d'Ulpien, de même qu'avec le texte des Institutes, § 6, *De interd.*, qui présente toujours l'interdit *Unde vi* comme concernant uniquement la possession des immeubles (*si quis ex possessione fundi vel ædium vi dejectus sit.*) Thibaut[1], qui a particulièrement combattu l'opinion de Savigny, aurait abouti, paraît-il, à cette conclusion que la prise violente de possession pour un meuble ne devait donner lieu, d'après la constitution de Valentinien, qu'à une action ordinaire, non à un interdit. Savigny a répondu avec raison que, la procédure spéciale aux interdits étant tombée en désuétude à l'époque de Valentinien, il n'y avait pas intérêt à se demander si l'action concédée eût dû se rattacher autrefois à une forme de procéder dont la singularité avait disparu. Ce qui est important, fait-il observer, c'est de savoir si cette action n'est pas subordonnée uniquement à la condition que le spolié avait la possession, s'il n'y a pas là, par conséquent, une action possessoire, rendant à celui qui avait perdu par suite de violences la possession d'un meuble absolument le même service que fournissait l'interdit *Unde vi* à celui qui avait été dépouillé violemment de la possession d'un immeuble. Or, comme il faut reconnaître effectivement qu'à la suite de l'enlèvement d'un meuble avec violence, la possession est la seule chose requise pour pouvoir invoquer le bénéfice de la loi 7, C., *Unde vi*, ne s'ensuit-il pas que désormais il existe un interdit *recuperandæ possessionis* quant aux meubles ravis à leur possesseur, et cela ne revient-il pas à dire que l'interdit *Unde vi*, primitivement restreint aux immeubles, fonctionnait dès lors également pour les choses mobilières?

Nous sommes d'accord avec Savigny sur l'interprétation

[1] *Civ. archiv*, t. I, p. 103 et suiv.

qu'il donne à la constitution de Valentinien, quant aux personnes qui ont le droit de s'en prévaloir. S'il faut être possesseur[1], d'un autre côté, cette qualité suffit, sans qu'il soit besoin, comme on l'exigeait pour l'action *furti* ou *vi bonorum raptorum*, de justifier d'un intérêt honnête à la conservation de la chose. C'est bien la possession, abstraction faite de tout autre droit, que les empereurs ont entendu protéger; ils ont voulu sans doute atteindre celui qui aurait violé un état de simple possession. Mais prenons garde que la faculté de recouvrer en fait la possession d'un meuble perdue par violence n'a nullement été introduite par la constitution dont il s'agit; elle était depuis longtemps consacrée par les règles de l'interdit *Utrubi*, qui aboutissait, nous le savons, à ce résultat, malgré sa qualification d'interdit *retin. possess.* Ce qui est l'objet de cette constitution, ce n'est pas la création d'une voie possessoire pour les meubles; car elle existait bien auparavant. L'innovation gît tout entière dans la peine dont est frappé l'auteur de la violence, indépendamment de l'obligation de restituer. Cette peine, c'est la déchéance de son droit de propriété pour le *dominus*, qui ne pourra plus, comme autrefois, ressaisir la chose en prouvant qu'il est propriétaire; c'est la nécessité imposée à celui qui n'est pas *dominus* de payer la valeur estimative, en outre de la restitution qu'il est tenu d'effectuer. En ce qui concerne cette restitution, il n'y a pas une règle qui date seulement de la constitution de Valentinien, et qui fût inconnue dans le droit antérieur.

Nous avons vu effectivement que les principes de l'interdit *Utrubi* suffisaient pour protéger les intérêts du possesseur d'un meuble qui en avait été dépouillé par violence. Il lui était permis d'agir comme possesseur dans le cours de l'année, sans avoir à redouter la possession actuelle de son adversaire, possession frappée d'impuissance à raison de son vice originel. Seulement, il était nécessaire de se plaindre avant l'expiration de l'année, le juge de l'interdit *Utrubi* n'ayant mission d'examiner à qui appartenait la possession que *intra annum*. La condition de l'annalité ne fut pas supprimée depuis l'assimilation de l'in-

[1] Divers auteurs ont prétendu que le détenteur même était autorisé à invoquer cette constitution, système que Savigny repousse avec raison, en relevant les expressions dont se sert la loi 7 : *Possessionem quam abstulit restituat possessori.*

terdit *Utrubi* à l'interdit *Uti possidetis*, ce dernier devant être exercé *intra annum quo primum experiundi potestas fuerit*[1]. C'est précisément sous ce rapport qu'il importe de ne pas voir dans la faculté de recouvrer au possessoire un meuble perdu par violence une extension de l'interdit *Unde vi* aux choses mobilières. Si, en effet, l'interdit *Unde vi* devait, lui aussi, être intenté dans l'année, cela n'était vrai, ainsi que nous l'établirons tout à l'heure, que quand il avait un caractère pénal ; dans le cas où l'auteur de la violence était resté en possession, il continuait, même *post annum*, à être soumis à l'interdit. Pour les meubles, au contraire, le point de vue d'une simple maintenue en possession n'a pas été abandonné. L'interdit a continué à être qualifié *retinendæ possessionis ;* or il ne peut plus être question de demander sa maintenue en possession, quand on prétend faire changer un état de choses qui dure depuis plus d'une année[2]. En supposant qu'une année se soit écoulée depuis qu'un meuble a été ravi à son possesseur, la simple possession ne suffira plus pour réussir à obtenir une condamnation par la voie de l'interdit. L'action *vi bonorum raptorum, in simplum*, l'action *furti* seront encore possibles, mais à la condition que l'adversaire aura agi *dolo malo*, à la condition également de justifier d'une *honesta causa*, double considération qui était inutile tant que la voie possessoire n'était pas fermée.

[1] Il y aurait eu tout au plus substitution du délai d'une année *utile* à celui d'une année continue.

[2] L'interdit *Utrubi*, en sa qualité d'interdit *retin. possess.*, ne soulevant d'autre question que celle-ci : à qui appartient la possession, exigeait régulièrement que la possession se rencontrât chez l'un des plaideurs ; il s'agissait seulement de savoir quelle était la partie qui pouvait légitimement prétendre à posséder. Aussi l'ordre du magistrat se bornait-il à défendre de porter obstacle à l'exercice de la possession vis-à-vis de celui qui y avait droit : *Quominus is eum ducat, vim fieri veto.* Au contraire, l'ordre émis, quand il y avait eu *vi dejectio* pour un immeuble, avait une plus grande portée ; le *dejiciens* était obligé à restituer, qu'il possédât ou non, eût-il perdu la possession sans dol ni faute. Sans doute, grâce à la règle qui assimilait à la possession la perte de la possession résultant d'un dol, on peut admettre que le ravisseur d'un meuble, bien qu'il s'en fût débarrassé, devait être considéré comme le possédant encore, et rester soumis à l'interdit. Mais, en l'absence de dol, le défaut de possession l'aurait mis à l'abri de l'interdit *Utrubi*, tandis que celui qui par violence avait dépouillé son adversaire de la possession d'un immeuble n'eût pas échappé en pareil cas à l'interdit *Unde vi*.

Exceptions possibles contre l'interdit Unde vi. — A l'époque classique, le défendeur à l'interdit *Unde vi* n'était pas toujours exposé à succomber, bien qu'il eût usé de violence envers le demandeur pour se mettre en possession de l'immeuble litigieux. La conduite du *dejiciens* était considérée comme légitime, si la possession dont il avait dépouillé son adversaire ne constituait qu'une possession vicieuse à l'encontre du *dejiciens*. Ainsi, celui qui avait subi une *vi dejectio* était autorisé à user de représailles, alors même que ces représailles n'auraient pas été immédiates. Il pouvait prendre son temps pour se ménager la disposition d'une force supérieure à celle sous laquelle il avait cédé; il n'encourait aucune peine, pour s'être réintégré de son chef et sans l'intervention de la justice, en possession du fonds dont il avait été chassé précédemment. La violence était également permise, quand il s'agissait d'expulser un possesseur qui avait occupé l'immeuble clandestinement, ou de vaincre la résistance d'un précariste déloyal. Aussi la formule de l'interdit était-elle rédigée de façon à ne protéger la possession du *dejectus* qu'autant qu'elle n'était pas entachée de l'un des vices dont nous avons plusieurs fois rencontré la mention à l'occasion des interdits *retin. possess.* Cette réserve indiquée dans divers passages de Cicéron[1], était encore observée au temps des jurisconsultes. Nous la trouvons signalée, *Comment.* IV, § 154, par Gaïus, qui limite en ces termes le droit qu'a le *dejectus* d'obtenir par l'usage de l'interdit *Unde vi* la restitution de la possession : *Si modo is qui dejectus est, nec vi, nec clam, nec precario possidet ab adversario; quod si aut vi, aut clam, aut precario possederit, impune dejicitur*[2]. La même doctrine est énoncée par Paul, *Sent.*, liv. V, tit. 6, § 7 : *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario impune dejicitur.* — Il y avait cependant une hypothèse où la *dejectio* emportait d'une manière absolue l'obligation de restituer, malgré les vices dont était affectée la possession du *dejectus*; cette hypothèse était celle où la *vi dejectio* aurait été accomplie à main armée. C'était là, nous l'avons vu plus haut, ce qui différenciait principalement l'interdit simple *De vi* et l'interdit *De vi armata*. Cette distinction, mentionnée par Cicéron, est enseignée par Gaïus,

[1] *Pro Tull.*, ch. 44; *Pro Cæcin.*, ch. 32; *Epist. ad famil.*, VII, 13.

[2] Le manuscrit de Gaïus présente quelques lacunes, qu'il est facile de suppléer avec le texte de Paul.

qui ajoute, § 155 : *Interdum tamen etiam ei quem vi dejecerim, quamvis a me aut vi, aut clam, aut precario possideret, cogor restituere possessionem, velut si armis eum vi dejecerim..*

L'inefficacité habituelle de l'interdit *Unde vi*, quand il était invoqué par un *dejectus* dont la possession était vicieuse, n'avait rien que de raisonnable, si l'on considère que le demandeur n'était pas fondé à retenir vis-à-vis de son adversaire la possession dont il se plaignait d'avoir été privé. Pourquoi lui faire gagner son procès, dit fort bien Savigny, puisqu'il serait tenu de se dessaisir aussitôt de l'avantage qu'il obtiendrait aujourd'hui ? L'adversaire, en effet, après avoir restitué, recourrait de suite à un interdit *recuperandæ possessionis*. Il était plus simple de vider en une fois la question de possession, en accordant au défendeur la faculté de repousser l'interdit, sauf que celui qui était coupable d'une violence armée avait été de bonne heure exclu de cet avantage. Probablement on ne s'arrêtait pas à concéder le bénéfice d'une exception au défendeur qui n'avait fait que reprendre par la force ce dont il avait été dépouillé par la force. Supposez qu'il y ait eu des *dejectiones* successives, que, par exemple, le *dejectus* actuel, Aulus, a commencé par subir une *dejectio* commise par le défendeur Numérius, puis qu'Aulus, à son tour, aurait expulsé Numérius et repris la possession ; et qu'enfin une dernière expulsion a remis l'immeuble aux mains de Numérius. Las de ces luttes qui menacent de n'avoir point de terme, Aulus se décide à recourir aux voies judiciaires, il réclame l'interdit *Unde vi*. En vain Numérius excipera-t-il de la violence exercée contre lui par Aulus. Ce dernier pouvait justement répliquer qu'il avait été précédemment lui-même victime d'une *dejectio* qui était le fait de son adversaire. On aura beau multiplier le nombre des *dejectiones ;* tant que la possession perdue à la suite d'une *dejectio*, abstraction faite de la circonstance aggravante de l'emploi des armes, n'était qu'une possession violente *ab adversario*, elle ne devait pas être prise en considération. Il fallait remonter jusqu'à une possession exempte de vices ; c'était celle-là seulement qui était digne de protection, et qui obtenait la préférence.

La tolérance, dont on usait autrefois à l'égard du *dejiciens*

qui s'était attaqué à une possession vicieuse, n'existe plus sous Justinien. La règle suivie à l'occasion de l'interdit *De vi armata* est devenue la règle générale. Tant pis pour celui qui a eu le tort de se faire justice à lui-même, au lieu d'invoquer le secours de l'autorité publique. On n'excusera plus en aucun cas la violence, malgré l'indignité de celui contre qui elle a été employée ; il faut toujours restituer une possession acquise de cette façon, sans que l'on soit écouté en alléguant qu'on s'est borné à traiter l'adversaire ainsi qu'il vous avait traité lui-même. Tel est l'état de choses exposé par Justinien, au § 6, *De interd.* : *Per quod is qui dejecit, cogitur si restituere possessionem, licet is ab eo qui dejecit vi, vel clam, vel precario possidebat.* Cependant les compilateurs des Pandectes y ont laissé subsister quelques traces de l'ancienne distinction, qui ont été relevées par Savigny[1].

A quelle époque cette réforme fut-elle opérée? Elle est sans doute antérieure à Justinien, qui, aux Institutes, expose le droit en vigueur de son temps comme un droit ancien, non comme le résultat d'une innovation qui serait son œuvre. C'est avec beaucoup de vraisemblance que Savigny fait dater ce changement dans la législation romaine de la constitution de Valentinien, dont il ne serait qu'une conséquence naturelle. Depuis qu'il eut été admis, en effet, qu'une *dejectio* entraînait pour son auteur la déchéance même du droit de propriété qui pouvait lui appartenir, à plus forte raison ne devait-on pas tenir compte d'un simple droit de possession.

Remarquons toutefois que la rigueur déployée contre ceux qui dédaignaient les voies légales n'alla point jusqu'à interdire à celui qui venait d'être expulsé par violence la faculté de s'efforcer de reprendre immédiatement la possession par le même moyen. S'il y réussissait, on ne voyait pas là, dit Savigny, une double *dejectio*, mais un acte unique et indivisible, dans lequel le possesseur défendait sa position, qu'il était censé n'avoir jamais perdue. Justinien a consacré ce système, en donnant force législative à la décision de Julien, qui se serait ainsi exprimé sur ce point : *Qui possessionem vi ereptam, vi*

[1] Voyez L. 1, § 30; L. 12, *De vi*. — Si l'on compare la loi 1, *pr.*, *De vi*, et la loi 1, *pr.*, *Uti possid.*, on verra que la mention des *vitia possessionis*, conservée dans les termes de l'interdit *Uti possidetis*, a disparu quand il s'agit de l'ordre intimé au défendeur à l'interdit *Unde vi*.

in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est, L. 17, *De vi*.

Il ne faut pas oublier qu'au temps de Julien l'emploi de la violence à l'encontre du *dejiciens* était autorisée, non-seulement à la condition d'agir immédiatement, mais même *ex intervallo*, pourvu qu'il n'y ait pas recours aux armes. C'est uniquement par rapport à la *vis armata* qu'existait cette restriction, l'usage des armes n'étant permis que pour ressaisir sur-le-champ une possession arrachée par une *vis armata*, ainsi que le dit Ulpien, L. 3, § 9 : *Eum igitur qui cum armis venit possumus armis repellere, sed hoc confestim, non ex intervallo : dummodo sciamus non solum resistere permissum ne dejiciatur, sed etsi dejectus quis fuerit, eumdem dejicere non ex intervallo, sed ex continenti.* — Quand une fois la *vis non armata* fut prohibée en général, de même que la *vis armata*, on admit cependant une réserve, qui s'appliquait au cas où la lutte était reprise aussitôt. Comment faut-il comprendre ce droit de représailles concédé à la charge d'être exercé de suite? Si l'on entend absolument à la lettre les expressions que l'on trouve dans les textes (*in ipso congressu, illico, confestim*), on rendra ce droit véritablement illusoire, parce qu'il serait impossible d'en jamais profiter. Le texte d'Ulpien que nous avons transcrit, et auquel autorité a été conservée, n'exige pas qu'il n'y ait eu aucune discontinuation de la lutte. On ne se borne point à autoriser une simple résistance, qui, couronnée de succès, empêcherait la *dejectio* d'être accomplie; même après qu'elle est consommée, il est permis d'essayer une revanche. Il est clair qu'on ne saurait y réussir qu'en invoquant du secours, qu'un surcroît de force est nécessaire, puisque le possesseur a été le plus faible. N'est-il pas dérisoire de dire à celui qui vient d'être terrassé qu'il peut à son tour terrasser son adversaire victorieux? Évidemment il est hors d'état d'user de la permission, le résultat de la collision ayant démontré qu'il n'était pas le plus fort. Il faut donc au moins donner le temps de se ménager l'appui de quelque auxiliaire. Seulement la vengeance ne doit être différée que pendant le délai indispensable pour appeler à son aide, et se mettre en mesure de triompher de l'ennemi sous lequel on a d'abord succombé. Assurément celui qui, expulsé le matin, en l'absence de ses esclaves, de ses gens, reviendrait le jour même, accompagné de ses serviteurs, et chasserait l'envahisseur, n'aurait fait en

quelque sorte que défendre sa position. Il serait difficile de ne pas en dire autant, si la nouvelle lutte avait eu lieu le lendemain. Où faudra-t-il s'arrêter? On ne saurait, *in abstracto*, poser à cet égard une limite précise. Le parti le plus sûr est sans doute de recourir à l'autorité judiciaire. Cependant si le *dejectus* n'a pas laissé pour ainsi dire reprendre haleine à son adversaire, qui n'a pu s'asseoir dans la possession injustement acquise, le juge nous paraît avoir la faculté d'apprécier que le ressentiment inspiré par l'outrage subi était encore assez chaud pour excuser la violence au moyen de laquelle aurait été reprise la possession.

Une autre exception, au moyen de laquelle pouvait être repoussé l'interdit *Unde vi*, était fournie par le laps de temps écoulé depuis le moment où la *dejectio* avait été accomplie; il y avait lieu en cette matière à une prescription annale. *Tantummodo intra annum... judicium dabo*, ainsi s'exprimait l'édit du Préteur, L. 1, *pr.*, *De vi*. Ce délai devait toutefois s'entendre d'une année *utile*, ce qui est formellement indiqué par les textes : *Annus in hoc interdicto utilis est*, L. 1, § 39, *h. t.*; *Si necdum utilis annus excessit*, L. 2, C., *Unde vi*. Sous ce rapport déjà, la durée impartie en droit romain à l'efficacité de l'interdit *Unde vi* s'éloignait considérablement de celle que le droit moderne reconnaît aux actions possessoires, pour lesquelles la condition d'annalité est, on le sait, mesurée sur l'année du calendrier. Ce n'est pas la seule différence entre les deux législations. En effet, chez les Romains, la nécessité d'agir *intra annum* (*utilem*) n'avait trait qu'au caractère pénal de l'interdit, en vertu duquel le *dejiciens* était tenu de réparer le préjudice qu'il avait causé, quand bien même il n'aurait retiré aucun profit de la violence qu'il s'était permise. Mais, s'il n'était question que de lui faire restituer le bénéfice que lui avait procuré la *dejectio*, la limite de l'annalité était écartée; on ne pouvait invoquer cette prescription annale pour conserver ce qui avait été ainsi acquis *ex maleficio*. La loi 1, *pr.*, *De vi*, est expresse à cet égard : *Post annum de eo, quod ad eum qui vi dejecit pervenerit, judicium dabo*. Cette règle n'était pas, du reste, particulière à l'interdit *Unde vi*; la loi 4, *De interd.*, énonce d'une manière générale que tous les interdits temporaires sont perpétuels à ce point de vue. On voit que, grâce à cette réserve, la faculté de recouvrer la possession res-

tait ouverte indéfiniment au *dejectus*, toutes les fois, ce qui arrivait assez souvent, que l'adversaire avait gardé la possession de l'immeuble. — D'un autre côté, il est bon de faire remarquer que la prescription annale ne pouvait être opposée autrefois sous aucun rapport de la part de celui qui s'était rendu coupable d'une expulsion effectuée *cum armis*. C'était encore un des traits de la distinction qui fut longtemps observée entre les deux interdits auxquels pouvait donner lieu anciennement l'emploi de la violence, suivant qu'elle était *armata* ou *non armata*. Le témoignage de Cicéron [1] est positif pour signaler le caractère aggravant dont était revêtu à cet égard l'interdit *De vi armata*. Les textes compilés par les commissaires de Justinien se taisent sur cette distinction, pour la justification de laquelle il faut remonter jusqu'à Cicéron. Ce silence est une suite de l'assimilation qui avait été admise entre la *vis armata* et la *vis non armata*.

Enfin, sous le Bas-Empire, une nouvelle restriction considérable fut apportée à l'application de notre prescription annale. Bien que Justinien semble présenter comme générale la prescription de l'interdit *Unde vi* au bout d'une année utile, cependant cette déchéance d'un recours au possessoire n'était vraie depuis longtemps que sous une modification importante, encore en vigueur dans le dernier état du droit. L'expiration de l'année utile ne devait nuire, en effet, qu'à celui qui avait subi une *dejectio* alors qu'il était présent, et qui avait négligé de se plaindre durant le délai ordinairement accordé. Une constitution de Constantin, de l'an 324, qui a passé dans le Code de Justinien, où elle forme la loi unique, C., *Si per vim* (8, 5), décide que si, le *dominus* étant absent, ceux qui occupaient l'immeuble en son nom ont été expulsés par violence, l'interdit *recuperandæ possessionis* pourra être exercé par les personnes qui ont subi la *dejectio*, quand bien même elles n'auraient pas reçu mandat à cet effet. La faveur déployée pour obtenir réparation de la violence va même, chose remarquable, jusqu'à investir en ce cas d'un droit d'action les esclaves qui détenaient l'immeuble, sans qu'il soit permis de leur fermer à raison de leur qualité l'accès des tribunaux : *Nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personas, quia hujusmodi conditionis hominibus causas perorare fas non sit*. La faculté d'agir est

[1] *Epist. ad famil.*, XV, 16.

concédée aux *dejecti* d'une manière indéfinie : *Sed post elapsa quoque spatia recuperandæ possessionis legibus præstituta, litigium eis inferentibus largiri conveniet.* En outre, les diverses personnes, à qui pouvoir est donné pour obtenir réparation de la *dejectio*, se sont-elles abstenues de faire usage de ce pouvoir, leur négligence restera inoffensive à l'égard du possesseur, qui pourra, à quelque époque qu'il revienne, exiger la restitution de l'immeuble : *Cui tamen quolibet tempore reverso actionem possessionis recuperandæ indulgemus.* La simple possession, quand il y a eu violence exercée en l'absence du possesseur, se trouve donc dans les rapports du *dejiciens* et du *dejectus*, assimilée à la propriété; le droit ne s'effacera que devant la prescription trentenaire, quand une fois elle eut été introduite. Nous aurons à voir que Justinien a étendu la même protection au cas où l'absence du possesseur, laissant la possession vacante, a permis à un tiers de s'emparer d'un immeuble, sans avoir recours à la violence.

Portée des condamnations. — La restitution ordonnée par le magistrat dans cet interdit s'entendait de la manière la plus rigoureuse. On partait de ce principe que le demandeur devait être rétabli absolument dans la position où il serait à défaut de la *dejectio* éprouvée, et on suivait ce principe dans toutes ses conséquences : *Pristina causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset dejectus*, L. 1, § 31, *De vi*[1].

Au principal, la restitution de l'immeuble en nature constitue le meilleur mode de satisfaction; elle pouvait être obtenue par l'exécution du *jussus judicis*, une formule arbitraire étant applicable dans cette hypothèse, L. 68, *De rei vind.* Cela suppose toutefois que le défendeur est en possession; or, quand bien même il n'aurait pas occupé l'immeuble dont il a cependant expulsé son adversaire, ou qu'après s'en être emparé il aurait plus tard perdu la possession, n'y eût-il de sa part ni dol ni faute, il n'en resterait pas moins, comme nous l'avons vu, passible de l'interdit. Sous ce point de vue, ainsi qu'on l'a fait remarquer, l'interdit *Unde vi* offrait plus d'avantage que l'interdit *Uti possidetis*, qui, dans notre opinion, pouvait être employé contre le *dejiciens*, à la condition de le trouver encore en possession. A quoi servirait, en effet, l'émission d'un ordre défendant de troubler la possession de celui qui a sollicité l'in-

[1] Voyez aussi § 41, *h. t.*

terdit, si l'immeuble au sujet duquel l'ordre a été émis est entre les mains d'un tiers? Une simple abstention ne suffit pas en pareil cas; et toute condamnation serait impossible, puisque l'adversaire ne fait rien qui empêche l'autre partie d'exercer la possession à laquelle elle prétend. — Quand il n'y avait pas restitution en nature, le juge, pour baser sa condamnation, devait estimer, non pas la valeur vénale de la chose, mais l'intérêt que présentait la possession pour le demandeur. Cette règle, que nous avons rencontrée à l'occasion de l'interdit *Uti possidetis*, s'appliquait également à notre interdit, et nous la trouvons énoncée positivement dans la loi 6, *De vi* : *In interdicto Unde vi, tanti condemnatio facienda est quanti interesit possidere.* Nous ne reviendrons pas sur les difficultés qui s'attachaient à cette appréciation, et que nous avons déjà signalées.

L'interdit *Unde vi* entraînait, en outre, à la charge de celui qui succombait, l'obligation d'indemniser de tout le dommage accessoire résultant de la *dejectio*, dommage dans les détails duquel entrent avec soin les jurisconsultes romains, tandis qu'ils gardent le silence sur cet article, quand ils traitent de l'interdit *Uti possidetis.* — En ce qui concernait les fruits de l'immeuble, on admettait qu'ils devaient être rendus depuis le moment de la *dejectio*, et non pas seulement à partir de la délivrance de l'interdit, L. 1, § 40 *De vi*, ce qui semblerait n'être qu'une application de la portée habituelle du verbe *restituere*, conformément à la loi 173, § 1, *De reg. jur.*; cependant le § 40, confirmé par la loi 3, *De interd.*, a l'air d'opposer sous ce rapport la règle suivie sur l'interdit *Unde vi* à celle qui était généralement observée dans les autres interdits. Peu importait que des fruits eussent été en réalité perçus par le *dejiciens*; il fallait voir si le *dejectus* en eût recueilli, dit la loi 4, C., *Unde vi.* Cette appréciation des fruits manquant au possesseur s'étendait pareillement aux fruits des meubles dont il avait perdu la possession en même temps que celle de l'immeuble. A l'égard de ces meubles, leur valeur principale devait aussi figurer dans le calcul des réparations à fournir. L'interdit s'en expliquait formellement : *quæque ille tunc ibi habuit*, L. 1 pr. *De vi*; et les jurisconsultes se livrent à des développements pour établir la portée de la restitution à ce sujet, L. 1, § 33 et suiv. La plus grande sévérité était déployée à l'égard du *dejiciens*, qui était rendu responsable même des cas fortuits, L. 1, § 34. Afin de fa-

ciliter la liquidation de la condamnation à raison de ces meubles perdus, l'empereur Zénon, L. 9, C., *Unde vi*, décida que le demandeur serait admis à déclarer par serment quelle était la valeur de ces objets, sauf la fixation d'un *maximum* de la part du juge. C'est ce que les commentateurs ont l'habitude d'appeler *juramentum Zenonianum*. La limite d'un *maximum* déterminé par le juge n'est que l'application à cette hypothèse d'un tempérament général qui paraît, suivant la loi 5, § 1, *De in lit. jur.*, avoir fini par être apporté à l'usage du *jusjurandum in litem*[1]. MACHELARD.

NÉCROLOGIE.

M. OUDOT.

Dans la science du droit comme, dans les autres branches des connaissances humaines, la grande majorité des esprits suit volontiers les sentiers battus, et se préoccupe plus du danger de s'égarer en innovant que de l'ambition d'arriver à des résultats nouveaux. Telle n'était point la tendance du jurisconsulte distingué qu'une cruelle maladie a enlevé récemment à la Faculté de Paris, lorsqu'il était encore dans la force de l'âge. M. Oudot semblait avoir pris pour devise ce que Pomponius dit de Labéon (l. 2, § 47, D., *De orig. jur.*) : *Ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, plurima innovare instituit*. Il était

[1] Comme, à la suite d'une *dejectio*, il y a interruption de la possession, et nécessité pour le *dejectus* réintégré de commencer une nouvelle possession *ad usucapionem*, le préjudice causé par cette interruption doit régulièrement être pris en considération par le juge. Remarquons toutefois qu'il s'agit uniquement de parer à l'éventualité d'un dommage incertain, dont la réalisation dépend d'un avenir inconnu, puisqu'on ignore si le *dejectus* sera exposé plus tard à succomber dans une revendication dont il eût pu triompher en l'absence de la *dejectio* éprouvée. Le parti le plus simple, comme le fait observer Savigny, semble être d'imposer au défendeur la prestation d'une *cautio*, par laquelle il s'engagera à indemniser son adversaire du tort que pourrait lui occasionner un jour l'éclat d'une revendication, dans le cas où elle eût échoué, grâce à une usucapion dont l'accomplissement aurait été empêché par le fait de la *dejectio*.

profondément pénétré de la méthode cartésienne, qui se refuse à admettre aucune opinion avant d'en avoir scrupuleusement sondé l'origine et la portée. Les traditions reçues, *quod per manus traditum est*, comme le disaient les jurisconsultes romains, répugnaient essentiellement à la nature de son esprit; quel que fût le crédit de ces traditions, il les faisait toutes passer au creuset d'un examen rationnel. Le sort de tels esprits est hasardeux, suivant l'expression de Bossuet. Aussi le professeur aimable et bienveillant, dont il était impossible de ne point reconnaître les intentions généreuses, a-t-il eu des détracteurs ardents, en même temps que des admirateurs passionnés. Faut-il s'en étonner? Celui qui met en avant une méthode nouvelle, semble implicitement déverser le blâme sur ceux qui demeurent attachés aux anciens errements. De là une réaction inévitable, à laquelle doivent s'attendre tous les novateurs, mais contre laquelle les esprits sages doivent se tenir en garde, lorsqu'ils veulent asseoir un jugement impartial. M. Oudot n'aurait point eu à lutter contre ces orages s'il s'en était tenu à l'explication exégétique des articles de nos Codes; on aurait pu dire de lui, comme du poëte classique de Lamartine :

De sa veine féconde et pure
Coulent, avec nombre et mesure,
Des ruisseaux de lait et de miel.

Son enseignement aurait été plus populaire peut-être, mais il n'aurait pas mérité le nom de *philosophique* qu'on lui a donné, il n'aurait pas été une initiation féconde pour les esprits d'élite qui ont conservé une si vive gratitude à l'endroit de leur ancien maître. Jetons un coup d'œil sur la vie et sur la carrière scientifique de notre regrettable collègue; puis nous apprécierons les services qu'il a rendus à la science.

François-Julien Oudot, né à Ornans (Doubs), le 10 avril 1804, avait été élevé de bonne heure à la rude mais salutaire école de l'adversité. Son père, le général Oudot, dont Napoléon Ier appréciait particulièrement les services, était mort sous les murs de Paris, en 1814, ne laissant guère d'autre patrimoine à sa famille qu'un nom justement honoré. Le jeune Oudot, désirant se faire une position, pour ses sœurs encore plus que pour lui-même, fit de brillantes études, sous la Restauration, au collége Charlemagne. Ses dispositions littéraires ont

persisté dans la carrière qu'il a suivie; comme plusieurs de nos jurisconsultes, qui n'appartiennent pas tous au XVIe siècle, il se délassait de ses graves travaux en jetant sur le papier des vers, souvent fort heureusement inspirés, qu'il ne communiquait qu'à sa famille et à un petit nombre d'intimes. Et cette première culture a été pour beaucoup dans la direction de son esprit. Ceux qui arrivent à l'étude du droit sans une sérieuse préparation littéraire, ont une physionomie plus rude, quelquefois même plus accentuée, mais ils sont trop disposés à s'isoler dans leur spécialité et à méconnaître les liens intimes qui rattachent la jurisprudence aux autres sciences morales. M. Oudot, au contraire, est toujours demeuré fidèle aux idées larges et libérales dont son éducation avait été imbue; il n'aspirait qu'à donner de l'air et de la lumière à la science, et il souscrivait de tout cœur à cette magnifique définition du droit que donnent les jurisconsultes romains, lorsqu'ils le qualifient de *science des choses divines et humaines*.

Après avoir obtenu à l'École de droit les mêmes succès que dans ses études classiques, M. Oudot fut nommé, à vingt-six ans, par voie de concours, professeur suppléant à la Faculté de Paris. A peine installé dans ces fonctions, il fut appelé à suppléer M. Delvincourt, et eut la bonne fortune d'entrer ainsi de plain-pied dans l'enseignement du droit civil proprement dit, le mieux approprié à la nature encyclopédique de son esprit, dont les aspirations eussent été étouffées dans un cadre plus étroit. Ce ne fut toutefois qu'après avoir été nommé, en 1837, titulaire à la suite d'un nouveau concours, que le professeur, occupant définitivement une chaire de Code Napoléon, se livra entièrement à la pente de son intelligence, et inaugura un nouveau système d'enseignement.

A cette époque, les études de droit, après avoir longtemps langui sous l'influence du dogmatisme stérile de l'ancienne école, dont la nouvelle avait trop facilement accepté l'héritage, avaient reçu de la *Thémis* une puissante impulsion, qu'avait singulièrement secondée la découverte des manuscrits de Vienne et du Vatican, si précieuse pour la connaissance de la législation romaine. Une ardente et laborieuse investigation des textes était le mot d'ordre d'une génération vraiment éprise de l'éxégèse. A bas le traité! Vive le commentaire! tel était le cri général. Comme il arrive habituellement dans ces grands courants intellectuels, le mouvement avait dépassé le

but. Dans toutes les sciences, physiques ou morales, l'observation des faits particuliers est excellente, nécessaire même; mais, pour obtenir des résultats sérieux, il faut grouper les faits afin d'arriver à des lois générales. C'est ce qu'on avait fini par perdre de vue, dans l'ivresse des nouvelles découvertes : préoccupation regrettable, surtout dans l'étude de la législation française, là où l'on n'avait, après tout, retrouvé aucun texte. C'était bien rapetisser la mission de l'interprète des lois que de déclarer, ainsi que nous l'avons entendu soutenir un jour, qu'avec les articles du Code, le Dictionnaire de l'Académie et la Logique de Condillac, on possédait toute la science du jurisconsulte; comme si une législation pouvait se comprendre sans les précédents historiques qui l'éclairent, sans les notions philosophiques qui la justifient!

Comment ce culte des textes, qui dégénérait en idolâtrie, n'eût-il pas provoqué une réaction chez un esprit aussi porté aux spéculations philosophiques que celui du jeune professeur de 1837? Plus les autres affectaient de s'attacher à l'exploration minutieuse des détails, plus il s'efforçait de reconstruire les théories dont se sont inspirés, sciemment ou instinctivement, les rédacteurs des textes. Il avait soif d'explications rationnelles, et il se prenait à douter de la sagesse des jurisconsultes romains eux-mêmes, lorsqu'il lisait dans Julien (l. 20, D., *De legib.*) cet aveu désespérant, qu'il est plus d'une antique institution dont il nous est impossible de nous rendre compte : *Non omnium, quæ a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest.* Tout justifier, tout concilier, dans une vaste synthèse du Code Napoléon, telle était la grande idée à laquelle il avait consacré une existence trop promptement brisée. L'œuvre était immense, et c'est le cas de répéter, en gémissant sur la faiblesse de l'organisation humaine, lorsqu'on la compare à la grandeur des aspirations de l'humanité : *Ars longa, vita brevis.*

S'il n'a pas été donné à M. Oudot d'achever son œuvre et d'être le Domat du XIXe siècle, ce n'est pas à dire qu'il n'ait point rendu de sérieux services à la science du droit par les doctrines larges et originales qu'il a professées, par la guerre qu'il a déclarée aux préjugés et à la routine. Ce sera aussi un honneur pour son enseignement d'être demeuré fidèle aux véritables bases de la jurisprudence, et tandis qu'un système moins heureux s'efforçait de reconstruire, lui aussi, une

synthèse du droit, en s'appuyant sur la morale utilitaire de Bentham, d'avoir toujours été franchement et décidément spiritualiste. Voyons donc quel a été le caractère de cet enseignement, quelles difficultés administratives a suscitées l'application de la méthode nouvelle dans la pratique universitaire, enfin quelle influence a exercée M. Oudot sur la jeunesse qui s'est formée à ces leçons.

On sait que, dans les dernières années du règne de Louis-Philippe, il se manifestait, ainsi que cela arrive toujours à la veille des commotions sociales, dans la littérature et dans la presse périodique, une tendance marquée à l'innovation et aux réformes; le mouvement qui devait faire explosion au dehors en 1848, se dessinait déjà dans le monde des intelligences. M. Oudot fut, dans la Faculté de droit de Paris, avec toutes les réserves que commandaient sa position et la modération de son caractère, le représentant de cette tendance. Profondément imbu du précepte de la fraternité chrétienne, il en était venu à considérer la charité comme la base de la législation. Et cette idée fondamentale n'était pas aussi neuve dans la science juridique qu'on pourrait être tenté de le croire. Par une singulière coïncidence, le grand jurisconsulte qui avait tenté le premier de présenter les *lois civiles dans leur ordre naturel*, se trouvait avoir posé des principes, que nous qualifierions aujourd'hui de *socialistes*.

« Dieu, » dit Domat (*Traité des lois*, chap. 4, n° 5), « ne « forme les engagements et n'y met les hommes que pour les « lier à l'exercice de l'amour mutuel... Ainsi, en général, les « règles qui commandent de rendre à chacun ce qui lui appar- « tient, de ne faire tort à personne, de garder toujours la fidé- « lité et la sincérité, et les autres semblables, ne commandent « que des effets de l'amour mutuel. Car aimer, c'est vouloir « faire du bien; et l'on n'aime point ceux à qui l'on fait quelque « tort, et ceux à qui l'on n'est pas fidèle et sincère. »

Mais ce précepte d'amour mutuel n'est pas un simple précepte moral; car voilà ce qu'ajoute Domat (*ibid.*, n° 4): « L'état « de ceux qui se trouvent dans la société, et sans biens, et « dans l'impuissance de travailler pour y subsister, fait un en- « gagement à tous les autres d'exercer envers eux l'amour « mutuel, en leur faisant part d'un bien où ils ont droit. Car « tout homme étant de la société, a droit d'y vivre; et ce qui « est nécessaire à ceux qui n'ont rien et qui ne peuvent gagner

« leur vie, est par conséquent entre les mains des autres ; d'où « il s'ensuit qu'ils ne peuvent sans injustice le leur retenir. Et « c'est à cause de cet engagement que dans les nécessités pu- « bliques on oblige les particuliers, même par des contraintes, « à secourir les pauvres selon les besoins. »

Ces principes, dont il est facile de voir toute la portée, trouvaient un écho, au bout de deux siècles, dans la même chaire où M. Delvincourt, partant d'idées diamétralement opposées, avait enseigné que, dans le for intérieur, vous n'êtes tenu de faire le bien d'autrui qu'autant qu'il ne vous en coûte rien. Cette dernière assertion était beaucoup trop absolue. Il est des cas où la société est fondée à réclamer de nous une assistance active en faveur de nos concitoyens, dût-elle entraîner pour nous quelque peine ou quelque danger. C'est ainsi que le Code pénal (art. 475, 12°) édicte des peines de simple police contre ceux qui, « le pouvant, auront refusé ou négligé de faire les « travaux, le service, ou de prêter le secours dont ils auront « été requis, dans les circonstances d'accidents, tumultes, « naufrage, inondation, incendie ou autres calamités, ainsi que « dans les cas de brigandages, pillages, flagrant délit, clameur « publique ou d'exécution judiciaire. » Il y a là un germe qu'il appartient au législateur de développer, il est des cas graves où le citoyen peut être tenu à l'assistance active vis-à-vis de ses concitoyens, moyennant des peines modérées, ou du moins moyennant des dommages-intérêts. La législation moderne, pénétrée de l'esprit chrétien, doit sous ce rapport aller plus loin que les législations païennes. A ce point de vue, la doctrine de Domat, reproduite et développée par M. Oudot, a évidemment un fond de vérité, et c'est dans cette direction que doivent marcher progressivement nos lois.

Mais, ainsi que nous avons eu occasion de l'écrire[1] du vivant de l'ardent défenseur de cette doctrine, en rendant compte de son livre : *Conscience et science du devoir*, il y a quelque danger à transformer d'une manière absolue en obligation légale le devoir moral que nous impose le précepte de l'amour de nos semblables. La stricte justice et la charité sont deux choses distinctes. Ainsi, suivant M. Oudot, le créancier n'a le droit de réclamer ce qui lui est dû que parce qu'il a le devoir d'employer utilement la somme qu'il réclame. Une pareille

[1] *Revue historique de droit français et étranger*, t. II, p. 196.

préoccupation de l'idée du devoir est évidemment exagérée. De ce qu'au regard de la morale absolue, le créancier est comptable du bon emploi de sa créance, faut-il conclure que cet emploi devra être soumis au contrôle de la société? Ce serait là ouvrir la porte à un système d'inquisition vraiment intolérable. Mieux vaut cependant l'excès de la philanthropie que celui de l'égoïsme. Après tout, l'enseignement philosophique, dont nous signalons les tendances, était dans le courant des idées alors en faveur; aujourd'hui on demande moins à l'action collective, on comprend qu'il faut donner davantage à la prévoyance et à l'activité individuelle, c'est le principe d'association qui est à l'ordre du jour.

Il faut le dire à l'honneur de l'administration universitaire de cette époque, les tendances réformatrices de M. Oudot n'éveillèrent aucune susceptibilité, et on lui laissa toute liberté à cet égard. Mais il y avait dans la marche du nouvel enseignement un point délicat eu égard à la position toute particulière du professeur. Que dans ses écrits sur le Code Napoléon, un jurisconsulte suive tel ou tel ordre qui lui paraîtra plus rationnel, rien de mieux; mais le professeur, dans notre organisation scolaire, se trouve en face d'un programme qui trace à tous les matières destinées à être l'objet de l'enseignement pendant telle ou telle année d'études. La liberté du professeur devait-elle prévaloir sur le principe de l'uniformité du programme? M. Oudot et son collègue, M. Valette, moins radical que lui, mais partisan non moins ardent de la liberté des méthodes, obtinrent de la Faculté de droit de Paris une décision favorable à leur désir: une délibération du 26 novembre 1840 autorisa chacun des professeurs de Code civil à *déposer un programme des matières par lui enseignées, lequel programme devait faire la matière des examens.* Ce régime de liberté ne dura que trois ans. Le conseil royal de l'instruction publique, saisi de la question, rendit le 22 septembre 1843 un arrêté, encore en vigueur aujourd'hui malgré les critiques dont il a été souvent l'objet, qui fixa d'une manière obligatoire pour toutes les facultés de droit le programme des matières d'examen. M. Oudot réclama en faveur de la liberté, dont il se voyait inopinément privé, en publiant des *Observations sur l'enseignement du droit civil en France, et notamment sur l'arrêté du conseil royal de l'instruction publique du* 22 *septembre* 1843[1]. Dans cette publi-

[1] Ces observations figurent en tête du tome Ier (1844) de la *Revue de*

cation, après avoir cité les raisonnements et les autorités en faveur de la liberté de programme, il termine par une réclamation où l'on retrouve toute la vivacité de son zèle scientifique :

« Qu'on n'oblige pas des hommes qui ont donné tant de garanties de zèle et de moralité à monter en chaire en portant, pour ainsi dire, la croix où ils seront attachés ! Que leurs leçons, dont on connaît l'ardeur, puissent être l'écho de la voix intérieure qui leur révèle les moyens d'être utiles? Qu'on ne donne pas, en les renfermant dans une impossibilité, gain de cause à ceux qui les accusent d'oublier dans leurs leçons l'élément philosophique ! En un mot, qu'on leur laisse la liberté des méthodes, condition indispensable de la gravité de leur parole, de l'amour de leurs sérieux devoirs, et du succès de leurs efforts ! »

Ces généreuses protestations ne purent aboutir à aucun résultat. MM. Oudot et Valette avaient raison en thèse générale, mais notre système français d'unité et de centralisation dans l'enseignement leur donnait tort. M. Oudot ne renonça point toutefois à enseigner suivant l'ordre nouveau qui faisait l'originalité de son cours, et dont on trouve une justification dans ses *Observations sur l'enseignement du Code civil*. Mais obligé de satisfaire tout à la fois aux besoins de sa méthode qui prescrivait l'enseignement de certaines matières, et aux exigences du programme qui lui en imposait d'autres, il fut condamné à une fatigue, à une tension d'esprit qu'il faut compter peut-être parmi les causes qui ont abrégé sa carrière.

Chez le professeur pénétré de la gravité de ses fonctions, l'opposition même était toujours respectueuse. Le zèle et l'indépendance dont il avait fait preuve ne déplurent point à l'autorité supérieure. Il fut décoré par M. de Salvandy en 1847[1], et appelé par lui à l'honneur de siéger dans la haute commission des études de droit.

Mais le témoignage qui fut le plus précieux pour M. Oudot, ce fut celui qu'il reçut de ses élèves. Sa méthode, par cela seul qu'elle s'écartait de l'ordre du Code Napoléon, n'était point de nature à être populaire auprès de la tourbe de nos étudiants, qui n'a en vue que le succès matériel de l'examen.

droit français et étranger (continuation de la *Revue étrangère et française*).

[1] Il était également chevalier de l'ordre du Sauveur de Grèce, dont il fut nommé officier le jour même de sa mort.

Elle était, au contraire, appréciée à sa juste valeur par les esprits d'élite, qui éprouvaient le besoin de ne point jurer sur la parole des rédacteurs du Code, et de soumettre à une analyse raisonnée les prescriptions du législateur. Ceux-là s'empressaient autour de la chaire qui leur enseignait à penser par eux-mêmes. Le professeur dévoué à cette jeunesse avide de science, *cupidæ legum juventuti*, suivant les expressions de Justinien, lui consacrait son existence tout entière. Son cabinet était toujours ouvert à ceux qui venaient lui demander des explications ou des conseils. Il accueillait dans son salon ses élèves les plus distingués, et beaucoup d'entre eux sont devenus ses meilleurs amis. Le jeune auditoire de M. Oudot voulut témoigner sa gratitude pour un tel dévouement. Sur la motion d'un des hommes qui ont fait le plus d'honneur à son enseignement, de M. Émile Ollivier, les auditeurs offrirent à leur cher et vénéré professeur une médaille où ils lui décernaient le titre de *chef de l'école philosophique*[1].

La première mission du professeur est d'enseigner, et certes M. Oudot n'y a point manqué, puisqu'il s'y est dévoué corps et âme. Le seul reproche qu'on puisse lui adresser, c'est d'être tombé dans l'abus d'une excellente qualité, la tendance à reviser scrupuleusement chacune de ses opinions. Non-seulement il soumettait à un nouvel examen l'application de sa méthode, chaque fois qu'il reprenait son cours triennal, mais il se livrait, avant chacune de ses leçons, à une préparation approfondie.

Polissez-les sans cesse, et les repolissez.

Tel était le précepte classique auquel il était demeuré fidèle, bien différent de beaucoup de nos contemporains qui improvisent avec tant de facilité des productions indigestes. Cette laborieuse révision eut pour avantage de conduire le jurisconsulte à des analyses plus fines, à des investigations plus subtiles; mais elle eut le résultat fâcheux de retarder le moment où il pourrait donner le dernier cachet à son œuvre, afin de la communiquer au public. Lorsque M. Oudot aborda enfin cette grande tâche, bien qu'il n'eût encore que cinquante ans, ses forces commençaient à s'épuiser, et il ne put publier, en 1854,

[1] M. Oudot, qui était alors un des plus jeunes professeurs de la Faculté, ne voulut point accepter un honneur que sa modestie jugeait excessif, mais la médaille fut remise à Mme Oudot.

que l'*Introduction à une explication nouvelle du Code Napoléon*, sous le titre de : *Conscience et science du devoir*.

L'auteur, éminemment spiritualiste, comme nous l'avons dit, éprouvait le besoin de réagir, comme le faisait à la même époque M. Jules Simon dans son livre *le Devoir*, contre les tendances positives auxquelles notre génération se laisse volontiers entraîner par le progrès des sciences physiques et par le développement des richesses matérielles.

Pour bien comprendre sa pensée, il faut appeler avec lui *conscience du devoir* la partie de connaissance *du devoir* qui se trouve tout acquise au fond de notre être, et *science du devoir* la partie de la connaissance du devoir qui s'acquiert par le travail et par la réflexion.

Recherchant la source de l'idée du devoir, M. Oudot commence par établir que toute cause est ou une cause efficiente poussant un être non libre, ou une cause impulsive et morale invitant un être libre. L'idée du devoir est l'idée du moyen existant pour un être libre de se diriger conformément à la cause impulsive qui l'invite au bien. Pour justifier ensuite la *foi au devoir*, l'auteur passe en revue, résume et réfute avec talent les divers systèmes qui aboutissent à la négation de la loi morale, le scepticisme, l'athéisme et le panthéisme. Après avoir repoussé le fatalisme sous ses diverses formes scientifiques, il pose les limites de la liberté, rejetant tout à la fois le rationalisme exclusif, qui nie la Providence, et le mysticisme exclusif, qui absorbe la liberté humaine dans l'action toute-puissante de la grâce divine.

Il arrive enfin à la donnée fondamentale de son livre : *Conscience et science du devoir*. Cette donnée, conforme à une saine psychologie, consiste à distinguer les notions primordiales fournies par la *conscience*, et la déduction pratique par laquelle la *science* vient compléter l'œuvre de l'instinct moral.

Tous ces développements se lisent avec intérêt, et nous ne pouvons qu'applaudir à une doctrine en harmonie avec les plus nobles aspirations de l'humanité, sauf la réserve que nous avons faite de la distinction entre les *devoirs de droit* et les *devoirs de vertu*, suivant la terminologie de Kant, distinction que ce livre, trop fidèle à l'inspiration de Domat, tend à méconnaître. Mais, en nous associant de cœur au généreux mouvement qui a dicté cette protestation en faveur du spiritualisme,

nous devons regretter, avec tous ceux qui connaissent la véritable valeur de M. Oudot, qu'il se soit laissé entraîner, par son goût pour les spéculations métaphysiques, à des développements qui n'étaient point nécessaires au but spécial qu'il se proposait. Le temps inexorable marchait toujours, et tandis que le consciencieux écrivain s'arrêtait longtemps au portique, les forces allaient lui manquer pour nous introduire dans l'intérieur de l'édifice. Ceux qui n'ont point connu les détails de son enseignement l'ont jugé sur cette publication, et ont supposé qu'il n'y avait que des généralités abstraites là où l'on pouvait trouver, au contraire, des observations judicieuses et fécondes en résultats utiles pour l'interprétation de nos lois.

Il est vrai que M. Oudot avait déjà publié, en 1846, de *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*. Dans cette esquisse, il propose quatre divisions du droit : 1° au point de vue de sa source (naturel et positif); — 2° des rapports qu'il règle (constitutionnel, public, de famille et privé); — 3° du but qu'il se propose (déterminateur et sanctionnateur); — 4° des personnes qu'il régit (national, international et des gens). Mais ce ne sont là que de premiers linéaments, insuffisants pour donner une idée complète des classifications du savant professeur à ceux qui n'ont pas eu entre les mains ses manuscrits. Il sera toujours profondément regrettable que l'auteur de ces classifications, arrêté par une cruelle maladie, n'ait pu mettre lui-même la dernière main à son travail. Heureusement tout n'est pas perdu pour la science. Ses précieux manuscrits subsistent, et M. Demangeat, à qui il a confié par son testament le soin de les publier, acquittera, nous en avons l'assurance, de la manière la plus honorable le legs dont son ancien maître l'a chargé au profit de la science juridique.

Quelle que soit la valeur de cette publication posthume, les titres véritables de M. Oudot seront toujours l'impulsion qu'il a donnée dans son cours aux idées de synthèse philosophique, l'initiative qu'y ont puisée tant de jeunes esprits, l'élévation constante de sa pensée, inspirée par cette belle maxime de Tennemann, qu'il avait prise pour épigraphe de ses premiers essais : « La raison tend à rattacher toute connaissance à un « principe plus élevé, et qui ne dépend de nul autre principe. »

Mais ce ne serait point faire connaître M. Oudot tout entier

que de ne parler ici que du professeur et de l'écrivain. On pouvait différer d'opinion avec le jurisconsulte; mais qui aurait pu ne pas aimer l'homme? La bienveillance, la charité, qui animaient son enseignement, se retrouvaient dans sa conduite. Il n'était point de ces philanthropes théoriciens dont Voltaire disait :

> Ce vieux Crésus, en sablant du champagne,
> Se plaint des maux que souffre la campagne.

Il s'occupait activement de bienfaisance. Membre du bureau de la société de secours mutuels du quartier de la Sorbonne, il a été, tant que ses forces le lui ont permis, un des collaborateurs assidus de cette excellente œuvre. Il n'était point non plus de ces savants qui se renferment dans la solitude du cabinet; il pensait avec raison qu'une douce et aimable société est le complément d'une existence, même scientifique. Il y avait un charme tout particulier dans ses réunions de Fontenay-aux-Roses, où les Thénard, les Guigniaut, les Duruy venaient faire trêve à leurs graves travaux par quelques délassements artistiques et littéraires, où le jeune Courbet applaudissait à une chansonnette de Malézieu. En voyage, une affabilité, une bonne humeur constante faisaient de M. Oudot le compagnon le plus désirable; ceux même que le hasard seul avait rapprochés de lui subissaient le charme et devenaient quelquefois ses meilleurs amis. Il fut doux même envers le mal qui frappa ses dernières années, et sa sérénité ne l'abandonna point au moment suprême. Nous ne saurions mieux terminer qu'en citant ces belles paroles prononcées sur sa tombe par son collègue et ami, M. Vuatrin :

« En contemplant sur son lit de mort ses traits, qui sem-
« blaient comme illuminés par un dernier reflet de l'âme, son
« large front, son visage calme et paisible, nous y avons lu la
« trace de son dernier entretien avec Dieu. Sans doute, à ce
« moment suprême, la vérité qu'il avait étudiée toute sa vie
« lui est apparue dans tout son éclat; et un dernier effort d'in-
« telligence et d'amour l'a réuni au Dieu qui se donne à celui
« qui le cherche dans la sincérité de son cœur. »

E. BONNIER.

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA COMPENSATION ET DES DEMANDES RECONVENTIONNELLES,

Par M. Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de Nancy.

Compte rendu par M. Ch. Beudant,
agrégé à la Faculté de Paris.

L'idée sur laquelle repose la théorie de la compensation est des plus simples. Lorsque deux personnes sont réciproquement obligées, il est évidemment préférable, au lieu de faire des payements multiples et inutiles où chaque partie reprend d'une main ce qu'elle donne de l'autre, que chacune retienne ce qu'elle doit pour se payer de ce qui lui est dû, et que le reliquat seul soit payé, si l'une des obligations excède l'autre. *Compensatio necessaria est*, disait Pomponius, *quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere.*

Mais les idées les plus simples ne sont pas toujours celles qui se font accueillir le plus vite et appliquer le plus facilement. Dans notre ancien droit, comme à Rome, la compensation fut d'abord repoussée, ici par les exigences d'une procédure étroite et formaliste, là par la rivalité des juridictions féodales que devait inquiéter une institution dont l'effet naturel eût été d'attirer une cause d'une juridiction à une autre.

Dans les deux législations il fallut des siècles pour que le principe de la compensation triomphât et devînt le droit commun.

A Rome, on la voit d'abord restreinte aux obligations synallagmatiques procédant *ex eadem causa*, c'est-à-dire du même contrat; et comme toutes les condamnations, sous le système formulaire, sont pécuniaires, elle atteint non-seulement les obligations ayant pour objet des choses de même nature pouvant se remplacer l'une par l'autre, mais encore celles dont l'objet est différent, toutes se réduisant en une appréciation en argent. C'est par un artifice de procédure, au moyen de l'exception de dol, que le préteur peut lui faire franchir cette barrière et l'étendre aux obligations unilatérales procédant

ex dispari causa, c'est-à-dire de contrats différents. Plus tard, s'il faut en croire les Institutes, un rescript de Marc-Aurèle aurait généralisé et étendu à tous les cas l'exception que le préteur n'accordait que selon les circonstances. Enfin Justinien supprime la nécessité de l'exception et autorise le juge, *ipso jure*, à prononcer la compensation qui devient ainsi le droit commun.

Le développement de l'institution, dans notre ancien droit, présente à peu près les mêmes phases. Jusqu'à la fin du XIIIe siècle la compensation est sévèrement interdite; une dette n'empêche point l'autre, disait-on. L'équité triomphe des résistances intéressées au souffle du droit romain. Les lettres royaux, comme jadis les exceptions prétoriennes, développent la compensation dans les juridictions royales et en étendent le principe dans tout le royaume. Les coutumes, dérogeant à la pratique féodale, l'admettent peu à peu, entre autres celle de Paris, dont l'article 105 devient enfin le droit commun de la France.

C'est en traversant ces entraves nombreuses, dues à des causes diverses, que la compensation est arrivée jusqu'à nous. Le savant traité que vient de publier M. Albert Desjardins prouve que, sous l'empire du Code Napoléon, elle n'a pas encore trouvé une formule définitive qui satisfasse à la fois aux besoins de l'équité et aux exigences de la logique.

Deux systèmes partagent la doctrine et ont tour à tour prévalu dans la loi.

D'après l'un, la coexistence de deux dettes réciproques n'a pas pour effet de dissoudre les liens de droit formés entre les parties. La compensation ne doit être considérée que comme un moyen d'exception, que le débiteur poursuivi peut opposer au créancier, que le juge peut accueillir pour refuser ou diminuer la condamnation; en un mot elle ne résulte que de la sentence qui l'admet et la prononce. C'est le système de la compensation judiciaire.

D'après l'autre, la compensation est par elle-même un mode d'extinction des obligations par balance de compte; elle résulte du fait seul de la coexistence des deux dettes, qui s'anéantissent réciproquement, à l'insu même des parties, dès qu'elles coexistent, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives. C'est le système de la compensation légale.

Entre les deux systèmes, les différences, quant aux résultats, sont nombreuses: Si la compensation s'opère légalement dès que les deux créances coëxistent, c'est à ce moment que les droits respectifs sont établis; il ne peut plus y avoir, en cas de doute, qu'à les constater. Dès lors, les deux créances anéanties de plein droit ne peuvent plus donner lieu, quoi qu'il arrive, à aucune poursuite; les intérêts cessent de courir, la prescription s'arrête, les sûretés attachées aux deux créances disparaissent; les priviléges et hypothèques sont éteints, les cautions sont libérées; si l'une des parties, ignorant la compensation ou ne s'en prévalant pas, paye sa dette, elle ne peut plus réclamer la créance disparue, elle n'a plus que la *condictio indebiti*, etc., etc. Si, au contraire, la compensation ne s'accomplit que quand elle est prononcée par le juge, ses effets se produisent à un tout autre moment; sur les questions signalées, et sur bien d'autres, la solution n'est plus la même.

Il importe donc d'opter entre les deux points de vue; ils sont en apparence inconciliables. En fait cependant, il est remarquable que les législateurs n'ont presque jamais adopté l'un des deux systèmes sans le tempérer par des emprunts au principe opposé.

Le premier est celui des législations primitives. On le retrouve spécialement à Rome à toutes les époques de sa législation; il y apparaît comme une conséquence forcée des règles de la procédure et de l'organisation judiciaire. Mais si la loi romaine ne fait résulter la compensation que de la déclaration du juge, souvent elle en fait rétroagir les conséquences et les reporte à l'instant où les deux créances ont commencé de coexister; c'est-à-dire qu'elle transporte à la compensation judiciaire l'effet naturel de la compensation légale, en déduisant ses conséquences *ex eo tempore ex quo ab utraque parte debetur*, dit un rescript de l'empereur Alexandre. C'est ainsi qu'il est décidé: que la peine stipulée pour le cas de non-payement d'une créance ne sera pas encourue si, au moment de l'échéance, le créancier se trouvait de son côté devoir une somme égale au débiteur; que la compensation prononcée par le juge a pour effet d'arrêter rétroactivement le cours des intérêts qui ne doivent plus être calculés que sur le reliquat, peut-être aussi de libérer rétroactivement les gages; que les obligations des parties doivent être estimées au jour où les deux dettes ont coexisté,

que le demandeur doit faire sa balance et déterminer son reliquat eu égard à ce moment; que celle des parties qui actionne l'autre sans avoir opéré la compensation encourt la plus-pétition, etc.

Le deuxième système régit la pratique moderne; c'est celui que consacrent les articles 1234, 1289 et 1290 du Code Napoléon. Mais si la loi moderne fait dater la compensation du moment où les deux dettes ont coexisté, elle en suspend parfois les effets jusqu'à celui où elle est proposée et admise en justice. C'est ainsi que l'article 1299, malgré l'article 1290 aux termes duquel la compensation s'opère de plein droit et à l'insu des débiteurs, laisse son ancienne action, avec toutes ses sûretés, à celui qui a payé par erreur. C'est ainsi encore que l'article 1291 exige que les deux dettes soient liquides pour être compensables, ce qui devrait importer peu dans le système actuel. Il ne s'y agit, en effet, que de vérifier si les deux dettes coexistent, et la créance n'en existe pas moins pour n'être pas liquide; ce qui reste douteux, et ne sera connu que par la liquidation, c'est la somme jusqu'à concurrence de laquelle la compensation s'est accomplie.

L'opposition entre les deux systèmes est donc moins tranchée en pratique qu'elle ne l'est en théorie. Partisan du système moderne de la compensation légale, qu'il trouve, avec raison, plus équitable, M. Albert Desjardins explique très-bien comment la loi romaine a pu être conduite à des inconséquences avec son point de départ. Il n'est pas moins heureux quand il se demande pourquoi le Code Napoléon s'éloigne parfois du principe accepté. Les vicissitudes qu'a éprouvées la doctrine de la compensation dans son développement historique en sont la cause. L'ancien droit avait admis successivement les deux systèmes. Il serait même difficile de dire quand et comment s'est faite la transition de l'un à l'autre; peut-être l'idée moderne ne s'est-elle introduite que par une porte dérobée, grâce à une erreur de doctrine. Les romanistes du XVIe siècle avaient longuement discuté pour savoir, d'après les documents qu'il possédaient, quel était sur ce point le système de la jurisprudence romaine. La plupart, Cujas en tête, crurent que les mots « *ipso jure*, » employés pour exprimer comment opérait la compensation, signifiaient : sans l'intervention du juge, tandis qu'ils ne signifiaient que ceci : sans recourir à l'exception de dol. Domat et

Pothier, sur la foi de Cujas, renouvelèrent cette traduction, aujourd'hui reconnue erronée; c'est ainsi que l'idée de la compensation légale a pris place dans la loi moderne. Il n'est pas étonnant que se développant par cette voie, la pratique ancienne, et à sa suite le Code Napoléon, aient été entraînés à quelques inconséquences qu'approuve au surplus l'équité, sinon la logique.

Sur tous ces points, le travail de M. Albert Desjardins jette une vive lumière. Les questions de détail et de pratique y sont étudiées et résolues avec méthode et sûreté. Nous signalerons spécialement, comme très-dignes d'être lues, les pages consacrées à la compensation dans les comptes courants, à l'opération connue dans le commerce sans le nom de *virement de parties*, et qui semble appelée à jouer un grand rôle dans la pratique financière pour le service chèques dans les *Clearing Houses*, enfin à la compensation entre l'État et les particuliers.

L'ouvrage se termine et se complète par l'étude détaillée des demandes reconventionnelles et de la compensation judiciaire à laquelle elles peuvent conduire. On sait combien sont insuffisants les textes sur ce point, quels vastes champs ils laissent aux incertitudes de la doctrine. Les demandes reconventionnelles sont-elles recevables toutes les fois qu'elles peuvent conduire à une compensation judiciaire? Faut-il au contraire les repousser toutes les fois que l'ordre des juridictions en serait troublé? Grave problème qui touche aux intérêts les plus sérieux.

La monographie publiée par M. Desjardins, sur un sujet qui n'avait pas encore été traité isolément, prend, dès son apparition, une place importante dans la littérature juridique. Nous y aurions voulu peut-être un peu plus de sobriété dans les détails purement exégétiques, un peu moins de discussions et d'analyses de texte, surtout dans la partie relative au droit romain. Quoi qu'il en soit de ce grief, qui n'en sera certainement pas un pour tout le monde, cette œuvre de science véritable et d'érudition ne pourra manquer d'être consultée, et le sera toujours avec profit, par ceux qu'intéressera une question quelconque se rattachant aux matières de la compensation ou de la reconvention.

CH. BEUDANT.

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages.

Examen de la jurisprudence en matière civile, par *M. Coin-Delisle*... 1
Suite. 97
Examen de la jurisprudence en matière civile, par *M. Bertauld*. . . . 385
— par *M. Pont*. 481
De l'exhaussement du mur mitoyen, par *M. Flandin*. 17
Les articles 757 et 908 du Code Napoléon, par *M. Cardot*.. 40
Endossement; cession de l'hypothèque, par *M. Bucquoy*. 52
Du régime de la communauté légale; confusion du mobilier; par *M. Jousset*. 64
L'article 2146 du Code Napoléon conféré avec la loi du 22 mars 1855, par *M. Briguiboul*. 150
Du serment décisoire; pouvoir et devoir du juge; du faux serment en matière civile; par *M. A. Giraud*. 246
Étude sur le droit de succession; saisine; indignité; par *M. Hureaux*. 337
De la séparation des patrimoines, par *M. Dollinger*. 348
Du contrat de colonage, par *M. Latreille*. 392

DROIT COMMERCIAL.

Examen de la jurisprudence en matière maritime, par *M. L. M. de Valroger*. 193

DROIT CRIMINEL.

Le faux témoignage est-il un délit d'audience? par *M. P. Bernard*. 213

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF.

Les travaux de voirie urbaine et les droits des locataires, par *M. Arth. Desjardins*. 32

Pages.

Concession de mines en 1448, par *M. Simonnet*. 90
Des ventes domaniales; loi des 14 mai-1er juin 1864. 120
Suite. 306
Suite. 419
Suite. 494
Organisation des bureaux de préfecture, par *M. Vignes*. 165

DROIT ROMAIN.

Les interdits possessoires du droit romain, par *M. Machelard*. 269
Suite. 435
Suite. 517

DROIT ÉTRANGER.

Du système pénitentiaire irlandais, par *M. Simonnet*. 180
Du droit musulman algérien, par *M. Frégier*. 368

HISTOIRE.

Les conciles d'Orléans, par *M. Bimbenet*. 73

Bibliographie.

Comptes rendus d'ouvrages
de *MM. Bonneville*; par *MM. Simonnet*. 373
Caumont; *L. M. de Valroger*. 384
Desjardins; *Beudant*. 564
Franck; *Bertauld*. 469
Saubreuil; *P. Bernard*. 478

Nécrologie.

M. Oudot, par *M. Bonnier*. 552

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
P. Bernard.	Le faux témoignage est-il un délit d'audience?	213
—	Du droit de marché, par *M. Saubreuil;* compte rendu.	478
Bertauld.	Examen de la jurisprudence en matière civile.	385
—	Philosophie du droit ecclésiastique, par *M. Franck;* compte rendu.	469
Beudant.	De la compensation et des demandes reconventionnelles, par *M. Alb. Desjardins;* compte rendu.	564
Bimbenet.	Les conciles d'Orléans.	73
Briguiboul.	L'article 2146 du Code Napoléon, conféré avec la loi du 23 mars 1855.	150
Bucquoy.	Endossement; cession de l'hypothèque.	52
Cardot.	Les articles 757 et 908 du Code Napoléon.	40
Coin-Delisle.	Examen de la jurisprudence en matière civile.	1
—	Suite.	97
Arth. Desjardins.	Les travaux de voirie urbaine et les droits des locataires.	32
Dollinger.	De la séparation des patrimoines (suite).	348
Ducrocq.	Des ventes domaniales; loi des 14 mai-1er juin 1864.	120
—	Suite.	306
—	Suite.	419
—	Suite.	494
Flandin.	De l'exhaussement du mur mitoyen.	17
Frégier.	Du droit musulman algérien (suite).	368
A. Giraud.	Du serment décisoire; pouvoir et devoir du juge; du faux serment en matière civile.	248
Hureaux.	Étude sur le droit de succession; saisine; indignité.	337
Jousset.	Du régime de la communauté légale; confusion du mobilier.	64
Latreille.	Du contrat de colonage.	392

MM.		Pages.
MACHELARD.	Les interdits possessoires en droit romain. . .	269
—	Suite.	435
—	Suite.	517
PONT.	Examen de la jurisprudence en matière civile.	481
SIMONNET.	Concession de mines en 1448.	90
—	Système pénitentiaire irlandais.	180
—	De l'amélioration de la loi criminelle, par *M. Bonneville*; compte rendu.	373
L. M. DE VALROGER. .	Examen de la jurisprudence en matière maritime.	193
—	Discours de clôture d'un cours de droit économique, par *M. Caumont*; compte rendu.	384
VIGNES.	Organisation des bureaux de préfecture. . . .	165

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ 26, rue Racine